

المذكرة الايضاحية

للاقتراح بمشروع القانون المدني

طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية

مشروع تقنين أحكام

الشريعة الإسلامية

في المعاملات المدنية

خطة عمل

بسم الله تبارك وتعالى ، وبوحي من إيمان عميق بأن مبادئ الشريعة الإسلامية هي التي أرادها الله جلّت قدرته لكي تكون أساساً صالحاً لتنظيم مجتمع يستند إلى دعامة قوية من الخلق والفضيلة والأخوة والنظام الذي يكفل القوة والمنعة والتقدم والازدهار ، نضع خطة عمل لتقنين أحكام هذه الشريعة في المعاملات المالية على النحو التالي :

١ - تستقي أحكام هذا التقنين من مبادئ الشريعة الإسلامية كما وردت في الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه ، مع مراعاة التنسيق بين هذه الأحكام حفاظاً على وحدة التقنين وتجانس أحكامه وانسجام بعضها مع البعض الآخر .

٢ - يتحاشى النص على أي حكم يتضمنه القانون الوضعي ويكون مخالفاً لحكم قطعي من أحكام الشريعة الإسلامية .

٣ - يراعى ما خضع له علم القانون من تطور وما أصابه من تقدم ، وذلك في ضوء تطور المجتمع الإسلامي وتقدم الفكر الإنساني .

٤ - يستفاد من انتقينات التي وضعت في البلاد العربية والإسلامية وأخذت من الشريعة الإسلامية .

٥ - يستفاد من الجهود الفقهية التي بذلت في إعداد مشروعات لتقنينات أعدت على هدى أحكام الشريعة الإسلامية .

التقنينات والأعمال الفقهية التي أخذت

من الشريعة الإسلامية

١ - المجلة ، وهي التي يطلق عليها مجلة الأحكام العدلية ، وهي أول تقنين لأحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية ، وضعت في عهد الدولة العثمانية وصدرت على دفعات من سنة ١٨٦٩ إلى سنة ١٩٧٦ . واستمدت أحكامها من المذهب الحنفي . وكانت مطبقة في البلاد العربية التي خضعت للحكم العثماني ما عدا مصر .

٢ - مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، وهو عمل فقهي قام به محمد قدرى باشا ، يتضمن مشروع تقنين لأحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية وفقاً للمذهب الحنفي . وكانت أول طبعة له في سنة ١٣٣٨ هجرية .

٣ - التقنين المدني العراقي الذي صدر في سنة ١٩٥١ وجمع فيه الشارح العراقي بين أحكام من الشريعة الإسلامية وأحكام من التقنين المصري مستقاة من القوانين الغربية :

٤ - التقنين المدني الأردني الذي صدر في سنة ١٩٧٦ وجمع فيه الشارح الأردني بين أحكام من الشريعة الإسلامية وأحكام من التقنين المصري مستقاة من القوانين الغربية .

٥ - مشروعات تقنين الشريعة الإسلامية التي أعدت بأشراف مجمع البحوث الإسلامية وفقاً للمذاهب الإسلامية ، الحنفي والشافعي والحنبلي والمالكي ، كل على حدة .

٦ - نظرية الالتزامات في التقنين التجاري الكويتي الصادر في سنة ١٩٦١ والتي جمع فيها الشارح الكويتي بين أحكام من الشريعة الإسلامية وأحكام من التقنين المصري مستقاة من القوانين الغربية على غرار التقنين المدني العراقي .

٧ - التقنينات المدنية العربية الأخرى ، وهي التقنين المصري الصادر في سنة ١٩٤٨ والتقنين السوري الصادر في سنة ١٩٤٩ والتقنين الليبي الصادر في سنة ١٩٥٣ ، وقد أخذت هذه التقنينات في القليل من قواعدها بأحكام الشريعة الإسلامية وفي أغلب قواعدها بأحكام القوانين الغربية .

٨ - التقنين الكويتي الصادر في سنة ١٩٨٠ والذي جمع فيه الشارح الكويتي بين أحكام من الشريعة الإسلامية وأحكام من التقنين المصري مستقاة من القوانين الغربية .

٩ - أعمال لجنة مراجعة التشريعات المدنية المصرية التي استغرقت أعمالها ما يقرب من خمس سنوات من سنة ١٩٦٢ إلى سنة ١٩٦٦ .

باب تمهيدى

أحكام عامة

يحسن أن ينقسم الباب التمهيدي على خلاف التقنين المدني الحالي ، إلى أربعة فصول :

الفصل الأول عنوانه « القانون وتطبيقه » . وفي هذا الفصل يرد أولاً النص الخاص بمصادر القانون ، ثم النص الخاص بالإنشاء ، ثم النص الخاص باعتبار الأحكام الشرعية القطعية من النظام العام ، ثم النص الخاص بالمواعيد ، وبعد ذلك ترد النصوص الخاصة بتطبيق القانون من حيث الزمان على أن يكون لها عنوان جانبي على نسق التقنين الحالي ، وبعد ذلك ترد النصوص الخاصة بتطبيق القانون من حيث المكان على أن يكون لها عنوان جانبي على نسق التقنين الحالي .

بعد ذلك يبدأ الفصل الثاني وعنوانه « استعمال الحق » وترد فيه النصوص الخاصة بنظرية التعسف .

بعد ذلك يرد الفصل الثالث وعنوانه « الأشخاص » . وبلى هذا العنوان عنوان فرعي رقم ١ وهو « الشخص الطبيعي » . وتحت هذا العنوان الفرعي يرد أولاً النص الخاص ببدء الشخصية ونهايتها والحمل المستكن والمفقود والغائب ، ثم النص الخاص بأثبات وقائع الحالة المدنية ، ثم النص الخاص بالاسم ، ثم النص الخاص بالاعتداء على الاسم ، ثم النص الخاص بالأسرة والأقرباء ، ثم النصوص الخاصة بالقرابة ، ثم النص الخاص بالجنسية ، ثم النص الخاص بحقوق الشخصية ، ثم النصوص الخاصة بالأهلية ، ثم النصوص الخاصة

أو دلالة أو اقتضائه ، إنما يرجع في فهمه الى قواعد أصول الفقه الاسلامي .

ويراعى في تطبيق الفقرة الثانية من هذه المادة أن أحكام الشريعة الاسلامية التي لا تجوز مخالفتها تعتبر من النظام العام . ومن ثم فلا يجوز للقاضي أن يأخذ بعرف يناقض هذه الأحكام . كما أن اجتهاده في ضوء مبادئ الشريعة الاسلامية ، عند عدم وجود حل للنزاع في المصادر المذكورة ، يجب ألا يكون فيه خروج على هذه الأحكام .

وجدير بالذكر أن المادة الأولى من التقنين المدني السوري ، وكذلك المادة الثانية من التقنين المدني الأردني ، في تعدادهما لمصادر القانون ، ذكرتا العرف في الترتيب بعد مبادئ الشريعة الاسلامية . غير انه يلاحظ أن تقديم العرف على مبادئ الشريعة الاسلامية يتفق تماما مع هذه المبادئ لما للعرف فيها من اعتبار ، فالعرف في الشريعة الاسلامية مصدر للأحكام الشرعية ، ومن القواعد الفقهية الماثورة أن العادة محكمة ، وأن التقنين بالعرف كالتقنين بالنص ، وأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

(مادة ٢)

لا يلغى نص تشريعي الا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الالغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن نظم قواعده ذلك التشريع .

تطابق المادة (٢) من التقنين الحالي فيما عدا التعديلات الآتية :

أولا - استبدال عبارة « لا يلغى » بعبارة « لايجوز الغاء » ، لأن القانون يخاطب القاضي لا المشرع ، ولا محل لتوجيه النهي الى القاضي فهو لا يقوم بالغاء التشريع .

ثانيا - استبدال عبارة « نظم قواعده » بعبارة « قرر قواعده » لأن الواضح أن التشريع الملغى كان ينظم الموضوع تنظيما كاملا ولم يقتصر على تقرير قواعده .

ويتفق النص المقترح مع قواعد النسخ المقررة في علم أصول الفقه .

(مادة ٣)

تعتبر من النظام العام أحكام الشريعة الاسلامية القطعية . ومن ثم يقع باطلا كل نص أو اتفاق يخالف هذه الأحكام .

يلاحظ أن المعنى المقصود بأحكام الشريعة الاسلامية في النص المقترح هو المعنى الذي يأخذ به الأصوليون . فالحكم الشرعي في اصطلاح الأصوليين لا يقتصر على النصوص الواردة بالكتاب والسنة ، وإنما يشمل كذلك كل دليل شرعي آخر من اجماع أو قياس أو غيرهما . فهذه الأدلة الأخرى في حقيقتها خطاب من الشارع غير مباشر .

ويعتبر الحكم الوارد في النص نتيجة لازمة لما نص عليه الدستور من اعتبار الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسي للتشريع . حيث يعتبر متعلقا بالنظام العام كل حكم شرعي يستند الى دليل من أدلة الشريعة القطعية .

بالموطن . بعد ذلك يأتي عنوان فرعي آخر رقم ٢ هو « الشخص الاعتباري » ، وتحت هذا العنوان ترد النصوص الخاصة بالشخص الاعتباري .

وبعد ذلك يأتي الفصل الرابع وعنوانه « تقسيم الأشياء والأموال » .

الفصل الأول

القانون وتطبيقه

١ - القانون

(مادة ١)

١ - تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بطريق من طرق الدلالة الشرعية . ويستلهم القاضي في تفسيرها مقاصد الشريعة الاسلامية .

٢ - فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، يحكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية .

تقابل المادة الأولى من التقنين الحالي ، وهي تجرى على النحو الآتي :

« ١ - تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها .

٢ - فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

وقد أدخلت عليها التعديلات الآتية :

أولا - استبدلت في الفقرة الأولى عبارة « بطريق من طرق الدلالة الشرعية » بعبارة « في لفظها أو فحواها » لكي تشمل جميع طرق الدلالة الشرعية وفقا لما هو مقرر في علم الأصول .

ثانيا - أضيف الى الفقرة الأولى عبارة : « ويستلهم القاضي في تفسيرها مقاصد الشريعة الاسلامية » . وذلك على اعتبار أن الشريعة الاسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع ، ومن ثم فإن مقاصدها يجب أن تكون هي رائد القاضي في التفسير .

ثالثا - في الفقرة الثانية استبدل لفظ « يحكم » بلفظ « حكم » توخيا للدقة في التعبير .

رابعا - استبدلت في الفقرة الثانية عبارة « مبادئ الشريعة الاسلامية » بعبارة « فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » حيث أن مبادئ الشريعة الاسلامية تستوعب قواعد العدالة .

ومن الواضح في تطبيق الفقرة الأولى من هذه المادة أن الحكم المستفاد من النص ، سواء كان ثابتا من عبارته ، أو كان ثابتا من اشارته

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

تأتي تحت هذا العنوان المواد المتعلقة بتنساز القوانين من حيث المكان .

وجدير بالذكر أن هذه المواد تقنن عرفا دوليا جرى عليه العمل في مصر ، وهو عرف شرعى بمعنى أنه لا يخالف حكما قطعيا فى الشريعة وتقتضيه المصلحة العامة . ويقطع فى ذلك ما تنص عليه المادة ٣٥ من المشروع من أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب . ومعلوم أنه طبقا للمادة ٣ من المشروع تعتبر من النظام العام أحكام الشريعة الإسلامية القطعية .

وفى ضوء هذين الأصلين الشرعيين ، وهو العرف والمصلحة ، يتضح السند الشرعى لتطبيق أحكام هذه المواد ، حيث أن لولى الأمر أن يختار من بين الأحكام الاجتهادية ما يراه محققا للمصلحة .

(مادة ١١)

يرجع الى القانون المصرى فى التكييف اللازم لتطبيق قواعد تنازع القوانين ، بما فى ذلك وصف العقار والمنقول .

يقابل هذا النص المادة ١٠ من التقنين الحالى ، وهى تجرى على النحو الآتى : « القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها » .

وكانت هذه المادة فى المشروع التمهيدي للتقنين الحالى تنص على ما يأتى :

١ - القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تنازع فيها القوانين .

٢ - والقانون الذى يعين ما إذا كان الشئ عقارا أو منقولا هو قانون الجهة التى يوجد فيها هذا الشئ » .

وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أضيفت الى الفقرة الأولى عبارة « لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها » لتعيين الحدود التى يقف عندها اختصاص قانون القاضى فى التكييف ، وحذفت الفقرة الثانية لأنها تتناول مسألة تفصيلية يحسن أن تترك للاجتهاد .

وهذا النص يبقى على قاعدة خضوع التكييف اللازم لأعمال قواعد الاسناد لقانون القاضى ، وهى القاعدة المسلمة تشريعا وقضاء فى مختلف البلاد ولدى جمهور الفقه . غير أنه ، على خلاف نص التقنين الحالى ، يطلق تلك القاعدة فى خضوع التكييف للقانون المصرى بحيث يتناول حكمها وصف العقار والمنقول بدل أخضاع هذا الوصف لقانون موقع المال ، وذلك لحسم الخلاف القائم فى الفقه فى هذا الشأن ومراعاة لما لهذا الوصف من أثر فى تعيين قاعدة الاسناد الواجبة التطبيق .

(مادة ٨)

١ - تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بعدم سماع الدعوى من وقت العمل بها على كل مدة لم تكتمل .

٢ - على أن النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببدء مدة عدم سماع الدعوى ووقفها وانقطاعها ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة .

تقابل المادة ٧ من التقنين الحالى والمادة ٧ من التقنين الأردنى والمادة ١/١٢ من التقنين العراقى مع استبدال عبارة «عدم سماع الدعوى» بلفظ «التقادم» ، وذلك مراعاة للقاعدة الشرعية التى تقضى بعدم سقوط الحقوق بمضى الزمن وانما لا تسمع الدعوى بها .

(مادة ٩)

١ - إذا قرر النص الجديد مدة لعدم سماع الدعوى أقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك .

٢ - أما إذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فإن مدة عدم سماع الدعوى تنسم بانقضاء هذا الباقي .

تقابل المادة ٨ من التقنين الحالى والمادة ٢/١٢ من التقنين العراقى والمادة ٨ من التقنين الأردنى ، مع استبدال عبارة « مدة عدم سماع الدعوى » بلفظ « التقادم » للسبب الذى تقدم ذكره .

(مادة ١٠)

١ - تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدما للنصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه اعداده .

٢ - وتسرى فى شأن القرائن القانونية للنصوص المعمول بها فى الوقت الذى تم فيه العمل أو الحادث الواجب توافره لقيام القرينة .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق المادة ٩ من التقنين الحالى .

أما الفقرة الثانية فهى فقرة مستحدثة . وقد وردت فى المادة ١٩ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالى ، ولكنها حذفت فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليها . غير أنه من المفيد إضافة هذه الفقرة لأن وظيفة القرينة القانونية هى تخفيف عبء الإثبات على من يتمسك بها وذلك بتغيير محل الإثبات ، حيث ينتقل الإثبات من الواقعة التى يراد إقامة الدليل عليها الى واقعة أخرى أسهل فى الإثبات فىكون ثبوت هذه الأخيرة دليلا على ثبوت الأولى . ومن ثم فإن القرينة القانونية لا تختلف فى الجوهر عن الأدلة المهيئة التى تناولتها الفقرة الأولى .

وتتفق هذه المادة مع القاعدة الشرعية التى تقضى بأن الشخص انما يكلف طبقا للخطاب القائم وقت العمل أو التصرف الصادر منه .

كذلك أسقط من هذا النص عبارة «تكييف العلاقات» الواردة في نص التقنين الحال ، لأن التكييف كما ينصب على «علاقة» قد ينصب على واقعة أو قاعدة قانونية أو مال .

والمادة المقترحة بالتعديل الذى تضمنته يتفق مع الأصل المقرر فى الشريعة الإسلامية من أنها المرجع فى تحديد الوصف الشرعى لمسا يعرض له القاضى .

(مادة ١٢)

يسرى على الحالة المدنية للشخص وأهليته قانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته . ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تتم فى مصر وتترتب آثارها فيها ، إذا كان من باشر التصرف أجنبيا ناقص الأهلية وفقا لقانونه ولكنه يعتبر كامل الأهلية طبقا للقانون المصرى ، فإن هذا القانون هو الذى يسرى .

هذه المادة تقابل المادة ١١ فقرة أولى من التقنين الحال ، وهى تجرى على النحو التالى : « الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم . ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فإن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته . »

والنص المقترح يبقى على القاعدة العامة فى خضوع الحالة المدنية للشخص وأهليته لقانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته . ولكنه يطلق الاستثناء من هذه القاعدة فى شأن التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها ، دون تقييد هذا الاستثناء بشرط كون نقص أهلية العاقد الأجنبى يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، وهو الشرط الوارد فى التقنين الحال اتفاقا مع الفقه الفرنسى فى فكرة المصلحة الوطنية التى اعتبرها بعض المشرعين ، كالمشرع الايطالى والمشرع البولونى والمشرع الألمانى ، غير كافية لحماية سلامة المعاملات فى الدولة . وعلة هذا التعديل تأمين سلامة المعاملات التى تتم وتنفذ فى مصر .

(مادة ١٣)

يسرى على النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعل . ومع ذلك فإذا باشرت هذه الأشخاص نشاطها الرئيسى فى مصر ، فإن القانون المصرى هو الذى يسرى .

هذه المادة تقابل المادة ١١ فقرة ثانية من التقنين الحال ، وهى تجرى على النحو التالى : « أما النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسرى عليه قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعلى . » ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر فإن القانون المصرى هو الذى يسرى .

والنص المقترح يبقى على القاعدة الواردة فى المادة ١١ فقرة ثانية من التقنين الحال مع حذف كلمة « الأجنبية » لعدم الحاجة إليها وحتى

لا تبدو قاعدة الاسناد خاصة بجانب معين ، ومراعاة للتمييز بين مسألة جنسية الشخص الاعتبارى ومسألة القانون الواجب التطبيق على نظامه القانونى . كذلك حذفت عبارة « من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها » لعدم الحاجة إليها .

(مادة ١٤)

تسرى على الخطبة قواعد تنازع القوانين الخاصة بالزواج المنصوص عليها فى المواد التالية .

هذا نص مستحدث يبين قواعد الاسناد الخاصة بالخطبة محيلا فى شأنها على قواعد الاسناد الخاصة بالزواج من حيث شروطه الموضوعية وشكله وآثاره ، والحالة التى يجب فيها تطبيق القانون المصرى . فهو بذلك يسد نقضا فى التقنين الحال . وتبدو أهميته فى أن للخطبة فى وآثارها .

أما الأضرار التى تنجم عن أعمال ملايسة للخطبة فإنها تخضع للقانون الذى يحكم الالتزامات الناشئة عن الأفعال الضارة ، وهو قانون مكان وقوع الفعل .

(مادة ١٥)

يسرى على الشروط الموضوعية للزواج قانون كل من الزوجين وقت انعقاد الزواج .

يقابل هذا النص المادة ١٢ من التقنين الحال وهى تنص على ما يأتى : « يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين » . ويبقى النص المقترح على حكم هذه المادة مع بعض تعديلات لفظية وإضافة عبارة « وقت انعقاد الزواج » زيادة فى الإيضاح لبيان الوقت الذى يعتد به فى تعيين القانون الواجب التطبيق بالنظر الى جنسية كل من الزوجين .

(مادة ١٦)

تخضع آثار الزواج بما فى ذلك من أثر بالنسبة الى المال لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج ، على أنه إذا انحلت جنسية الزوجين بعد الزواج طبق قانون جنسيتهما على الآثار الشخصية للزواج .

يقابل هذا النص المادة ١٣ فقرة أولى من التقنين الحال ، وهى تنص على ما يأتى : « يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يترتبها عقد الزواج ، بما فى ذلك من أثر بالنسبة الى المال » .

ولامكان تطبيق القانون الوطنى فى صورة لا يسمح النص الحالى بتطبيقه فيها ، وذلك عندما يكون الزوجان اجنيين وقت الزواج ثم نصيح احدهما مصرى بعد الزواج .

(مادة ١٩)

١ - يسرى قانون الأب وقت ميلاد الولد على البنوة والاقرار بالأبوة وانكارها والحقوق والواجبات المتبادلة بين الأصول والفروع ، بما فى ذلك الولاية على النفس . فاذا توفى الأب قبل ميلاد الولد يسرى قانون الأب وقت الوفاة . واذا كان الأب مجهولا سرى قانون الأم .

٢ - ويسرى على تصحيح النسب بالزواج قانون الأب وقت تصحيح النسب .

٣ - على أنه اذا كان أحد الأبوين مصرى فى الوقت الذى يعتد به فى تعيين القانون الواجب التطبيق فى الفقرتين السابقتين ، كان القانون المصرى هو الواجب التطبيق .

كالتى المادة ٣١ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، وهى التى أصبحت المادة ١٥ من المشروع النهائى فى لجنة المراجعة ، تنص على ما يأتى : « يسرى قانون الأب على المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية وتصحيح النسب بالزواج والاقرار بالبنوة وانكارها » . ثم رأت اللجنة حذفها لأنها اثر من آثار الزواج يسرى عليه قواعد الزواج وفقا للقواعد العامة .

كما كانت المادة ٣٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « يسرى قانون الولد على المسائل الخاصة باثبات البنوة الطبيعية وبما يترتب عليها من آثار » . ثم حذفها لجنة المراجعة لأنها قد تحمل الولد الطبيعى لأب قد لا يسمح قانونه بذلك .

وتبين المادة المقترحة ، وهى مادة مستحدثة ، القانون الواجب التطبيق فى مسائل لها أهميتها العملية فى مجال تنازع القوانين . حيث تبين الفقرة الأولى منها القانون الواجب التطبيق فى البنوة ، سواء أكانت بنوة شرعية أم بنوة طبيعية ، والاقرار بالأبوة وانكارها والحقوق والواجبات المتبادلة بين الوالدين والأولاد وهو قانون الأب . ويعين النص الوقت الذى يعتد به فى تعيين هذا القانون فيجعله قانون الأب وقت ميلاد الولد ، فاذا كان الأب قد توفى قبل ميلاد الولد طبق قانون الأب وقت الوفاة ، كذلك عنى النص بذكر الولاية على النفس اراحة للقضاء عند تطبيقه . ويفترض تطبيق قانون الأب كون الأب معروفا ، فاذا كان مجهولا وكان المراد هو ثبوت النسب من الأم أو غيره من المسائل المذكورة سرى قانون الأم ، ونص هذه الفقرة فى جملته ليس غريبا عن التشريع الوطنى ، فقد كان له نظير فى المادة ٢٩ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة وفى المرسوم بقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ بشأن اختصاص محاكم الأحوال الشخصية المصرية . كما أنه يتفق فى شأن القانون الواجب التطبيق فى دعوى اثبات النسب مع القاعدة الواردة فى هذا الشأن فى المادة ٩٠٥ من تقنين المرافعات .

والنص المقترح يبقى على حكم هذه المادة فى خصوص عدم التفريق فى قاعدة الاسناد بين الآثار الشخصية والآثار المالية للزواج من حيث خضوعها جميعا لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج . غير أنه يعدل هذا الحكم بالنسبة الى الآثار الشخصية للزواج فى حالة تغير جنسية الزوج بعد الزواج بحيث تتحد جنسية الزوجين ، فيطبق قانون جنسيتها المشتركة على الآثار الشخصية وحدها . وبمقتضى هذا التعديل أصبح للآثار الشخصية للزواج حكم متميز عن الآثار المالية متى توافر شرط اتحاد جنسية الزوجين بعد الزواج . والمقصود بهذا التعديل هو اعمال الأثر المباشر لقانون الجنسية الجديد بالنسبة الى آثار المراكز القانونية فى حالة تغير الزوج جنسيته بعد الزواج بحيث أصبح هو وزوجه من جنسية واحدة . أما النظام المالى للزوجين فلا يتأثر بهذا التغيير اعمالا لقاعدة عدم تأثر المراكز العقدية بقانون الجنسية الجديد .

(مادة ١٧)

يسرى على الطلاق قانون الزوج وقت الطلاق .

ويسرى على التطلق والتفريق بين الأجسام قانون الزوج وقت رفع الدعوى .

يقابل هذا النص المادة ١٣ فقرة ثانية من التقنين الحالى ، وهى تنص على ما يأتى :

« أما انطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت الطلاق » ويسرى على التطلق والانفصال قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت رفع الدعوى » .

ويبقى النص المقترح على حكم هذه المادة مع تعديل فى الصياغة بإيراد عبارة « قانون الزوج » بدل عبارة « قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج » ، وتوخيا للإيجاز ، وإيراد عبارة « التفريق بين الأجسام » بدل عبارة « الانفصال » ، وتوخيا لزيادة البيان .

(مادة ١٨)

فى الأحوال المنصوص عليها فى المواد ١٥ ، ١٦ ، ١٧ اذا كان أحد الزوجين مصرى فى الوقت الذى يعتد به فى تعيين القانون الواجب التطبيق ، يسرى القانون المصرى وحده ، فيما عدا شرط الأهلية للزواج .

يقابل هذا النص المادة ١٤ من التقنين الحالى ، وهى تنص على أنه « فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين اذا كان أحد الزوجين مصرى وقت انعقاد الزواج يسرى القانون المصرى وحده ، فيما عدا شرط الأهلية للزواج » .

ولا يأخذ النص المقترح بما يأخذ به التقنين الحالى من الاعتداد بوقت الزواج لبيان حالات انفراد القانون المصرى بحكم شروط انعقاد الزواج وشكله وآثاره وانحلته ، وذلك تمكينا لاعمال قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان فى حالة تغير الجنسية ، ولاستبعاد صورة لا تكون فيها أية مصلحة لتطبيق القانون الوطنى ، وذلك عندما يكون أحد الزوجين مصرى وقت الزواج ثم يصبح الطرفان اجنيين بعد الزواج .

وبين النص المقترح في فقرته الأولى أن المقصود بالولاية هي الولاية على المال ، اذ هي التي يجمعها مع الوصاية والقوامة كونها جميعا توفر النيابة عن القاصر ومن في حكمه بما يسد عجزه عن مباشرة التصرف القانوني ، وبذلك حسم النص خلافاً قام في أحكام انقضاء في فهم المقصود بالولاية في نص التقنين الحالي ، كما عني المشروع بالنص في المادة ١٩ انسالة الذكر على أن قانون الأب هو الذي يسرى على الولاية على النفس .

كما جاءت عبارة هذه الفقرة شاملة للقصر والمحجورين ومن يلحق بهم من الغائبين ومن تقرر لهم المساعدة القضائية .

وتضمنت الفقرة الثانية من النص المقترح الحكم الوارد في المادة ١٠٠٢ فقرة ثانية من تقنين المرافعات مراعاة لمصلحة الشخص المقصود بالحماية ، ولأن المكان المناسب له بين قواعد تنازع القوانين في التقنين المدني لا في تقنين المرافعات .

(مادة ٢٢)

١ - يسرى على الميراث قانون التوفى وقت الوفاة .

٢ - وإذا كان هذا القانون يحرم مصرياً من نصيبه في التركة بصفته أجنبياً ، كان له أن يستوفى نصيبه من أموال التركة الموجودة في مصر .

يقابل هذا النص المادة ١٧ من التقنين الحالي ، وهي تقول :

« ١ - يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته .

٢ - ومع ذلك يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيهاء أو قانون البلد الذي تمت فيه وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت » .

وتتضمن المادة المقترحة في فقرتها الأولى قاعدة الاسناد الخاصة بالميراث والواردة في المادة ١٧ من التقنين الحالي .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتضيف حكماً مستحدثاً يقوم على أساس من العدل ، وله نظير في مشروع تنقيح التقنين المدني الفرنسي .

(مادة ٢٣)

يسرى على التركة التي لا وارث لها القانون المصري متى كانت أموال التركة في مصر .

هذه المادة مستحدثة ، وهي تتضمن قاعدة اسناد خاصة بالتركة التي لا وارث لها وتقع أعيانها في مصر ، حيث تقضى وفقاً لقانون الموارث

وتبين الفقرة الثانية من المادة المقترحة القانون الواجب التطبيق في تصحيح النسب بالزواج اللاحق لميلاد الولد ، وقد كان حكمها موجوداً في اللائحة والمرسوم بقانون المشار إليه . كما أن المادة (١٣) من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ ذكرت تصحيح النسب بين مسائل الأحوال الشخصية .

وتقضى الفقرة الثالثة من المادة المقترحة بأن يكون القانون المصري هو الواجب التطبيق في خصوص المسائل المذكورة في الفقرتين السابقتين إذا كان أحد الأبوين مصرياً في الوقت الذي يعتد به في تعيين القانون الواجب التطبيق ، حتى يتسق حكم هذه الحالة مع الحكم السابق تقريره في خصوص خضوع آثار الزواج للقانون المصري إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج ، وذلك على أساس اعتبار البنية أثراً من آثار الزواج .

(مادة ٢٠)

يسرى على الالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار قانون المدين بها .

يقابل هذا النص المادة ١٥ من التقنين الحالي ، وهي تنص على ما يأتي :

يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها .

وجاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أن ذكر عبارة « فيما بين الأقارب » أريد به إخراج ما يعتبر من النفقات أئسراً للزواج وفقاً لأحكام النصوص السابقة .

وقد أوردت المادة ١٣ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ « النفقة للأقارب والأصهار » بين مسائل الأحوال الشخصية . ولما كان نص المادة ١٥ من التقنين الحالي قد ذكرت النفقة للأقارب وأغفلت النفقة للأصهار ، فإن النص المقترح يعالج هذا النقص .

هذا إلى أن المادة ٩١٩ من تقنين المرافعات تبين المحكمة المختصة نوعياً بنظر دعاوى نفقة الأقارب والأصهار .

(مادة ٢١)

١ - يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية على المال والوصاية والقوامة وغيرها من نظم حماية القصر والمحجورين ومن يلحق بهم قانون الشخص الذي تجب حمايته .

٢ - ومع ذلك يرجع في شأن أسباب الامتناع عن قبول الوصاية أو القوامة أو الإشراف إلى قانون الوصى أو القيم أو المشرف .

يقابل هذا النص المادة ١٦ من التقنين الحالي ، وهي تنص على ما يأتي :

« يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي يجب حمايته » .

(مادة ٢٦)

١ - يسرى على الشروط الموضوعية للتصرف القانوني وما يترتب عليه من آثار القانون الذي اتجهت اليه الإرادة صراحة أو ضمنا . فان لم توجد سري قانون الدولة التي تم فيها التصرف وفقا لما يقرره القانون المصري .

٢ - على أن التصرف المتعلق بعقار يخضع لقانون موقع العقار .

يقابل هذا النص المادة ١٩ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الوطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطننا . فان اختلفا موطننا يسرى قانون الدولة التي تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه » .

٢ - على أن قانون موقع العقار هو الذي يسرى على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار .

ويبقى النص المقترح على القاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى من المادة ١٩ من التقنين الحالي في شأن تعيين القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للتصرف القانوني وما يترتب عليه من آثار ، كما يبقى على الاستثناء الوارد في الفقرة الثانية من هذه المادة والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على التصرف القانوني المتعلق بالعقار . وذلك مع مراعاة ما يأتي :

١ - أن النص المقترح جاء عاما في صيغته ليتفق مع حقيقة المراد بتلك القاعدة من حيث انصرافها الى التصرف القانوني سواء أكان عقدا أم إرادة منفردة ، ومن حيث انصرافها الى الشروط الموضوعية للتصرف وما يترتب عليه من آثار .

٢ - أنه جعل مكان الصدارة للقانون الذي يختاره المتعاقدان صراحة . فان لم تصدر منهما إرادة صريحة عول القاضي على الإرادة الضمنية . فان لم توجد طبق القاضي قانون محل إبرام التصرف . ولم يذكر النص قانون الوطن المشترك للمتعاقدين باعتبارها داخلا في نطاق الإرادة الضمنية ، ثم أن قانون الوطن المشترك غالبا ما يكون هو قانون محل إبرام التصرف .

٣ - أنه عين المكان الذي يعتد به في تعيين محل إبرام التصرف ، وهي مسألة يرى بعض الفقهاء دخولها في نطاق التكييف وخضوعها بالتالي لقانون القاصر . وبذلك اراح النص القاضي من الخوض في هذه المسألة .

هذا ، وهناك من العقود ما يحسن تركه لاجتهاد الفقه والقضاء ، وأن كان قليل من الشرعين بين القانون الواجب التطبيق في شأن كل منهما ، مثل عقد العمل والعقود التي تعقد في الأسواق العامة وفي البورصات ، وبيع عروض التجارة .

واحكام الفقه الاسلامي بايلولة التركة الى دولة موقع أموال التركة بوصفها مالا لا مالك له .

(مادة ٢٤)

١ - تخضع الشروط الموضوعية لصحة الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت لقانون من صدر منه التصرف وقت صدوره .

٢ - أما ما يتعلق بالقدر الذي تنفذ فيه الوصية ومن يجوز الإيصاء له ، فيخضع لقانون من صدر منه التصرف وقت موته .

يقابل هذا النص المادة ١٧ من التقنين الحالي التي تقدم ذكرها . وهو يبين القانون الواجب التطبيق على الوصية مفرقا بين الشروط الموضوعية لصحتها وتلك التي تتعلق بنفاذها . ففي خصوص الشروط الموضوعية لصحة الوصية يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون من صدر منه التصرف وقت صدوره ، لأن هذا هو الوقت الذي ينبغي أن تتوفر فيه شروط صحة التصرف من حيث وجود الإرادة والمحل والسبب وتوافر الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب ، وبذلك يحسم النص المقترح الخلاف في تفسير نص المادة ١٧ المشار إليها التي تنص على خضوع الوصية لقانون من صدر منه التصرف وقت موته . أما نفاذ الوصية من حيث القدر الذي يجوز التصرف فيه ومن يجوز الإيصاء له فهي أمور وثيقة الصلة بالميزات ومن تم فهي تخضع لحكمة ، فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون من صدر منه التصرف وقت موته .

ويتفق الحكم الذي تضمنته الفقرة الأولى من النص المقترح من رأى فقهاء المذهبين المالكي والحنبلي من حيث الإعتداد بأهلية الموصى وقت صدور الوصية ، وكان لهذا الحكم نظير في الفقرة الثانية للمادة ٢٨ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالي قبل تعديلها .

وفيما يتعلق بالقانون الذي يسرى على شكل الوصية ، وهو ما تحدثت عنه الفقرة الثانية من المادة ١٧ المشار إليها ، فقد رأى الاكتفاء بالقاعدة الخاصة بشكل التصرفات عموما .

(مادة ٢٥)

يسرى على الحيابة والحقوق العينية في العقار قانون موقعة .

ويسرى بالنسبة الى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيابة أو الحق العيني أو فقده .

يطابق هذا النص المادة ١٨ من التقنين الحالي ، فيما عدا بعض تعديلات لفظية . حيث تنص هذه المادة على ما يأتي : « يسرى على الحيابة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار . ويسرى بالنسبة الى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيابة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها » .

(مادة ٢٧)

١ - يخضع شكل التصرف القانوني لقانون البلد الذي تم فيه أول لقانون الذي يسرى على شروطه الموضوعية .

٢ - أما شهر التصرف فيخضع لقانون موقع الشيء الذي يتعلق به التصرف .

يقابل هذا النص المادة ٢٠ من التقنين الحالي ، وهي تنص على ما يأتي :

« العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه . ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسرى على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك » .

وتبين الفقرة الأولى من النص المقترح القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية عموما ، بحيث لا يقتصر حكمها على العقود ما بين الأحياء ، وبذلك أمكن الاستغناء عن وضع قواعد إسناد خاصة بشكل الزواج وشكل الوصية اكتفاء بالقاعدة العامة الواردة في هذه الفقرة . وقد اكتفى النص بذكر قانون محل إبرام التصرف ، وجعل له مكان الصدارة ، والقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للتصرف متفقا بذلك مع التيار الغالب في التشريع . ذلك أن قانون موطن المتعاقدين يغلب أن يكون هو قانون محل إبرام التصرف ، كما أنه قد يكون هو القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للتصرف عملا لقاعدة خضوع التصرف لقانون الإرادة ، وكذلك الشأن بالنسبة إلى قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين .

ويلاحظ أن المقصود بالشكل في هذه الفقرة هو الشكل الخارجي اللازم لاثبات التصرف . أما الشكل الجوهري للتصرف ، وهو الذي يعتبر ركن انعقاد ، فيأخذ حكم الشروط الموضوعية ويخضع بالتالي للقانون الذي تخضع له هذه الشروط .

وتتضمن الفقرة الثانية من النص المقترح قاعدة الإسناد الخاصة بشهر التصرف ، حيث يخضع هذا الشهر لقانون موقع الشيء الذي يتعلق به التصرف سواء ورد هذا التصرف على حق عيني أم على حق شخصي . وبذلك يسد هذا النص نقصا في التشريع الحالي .

(مادة ٢٨)

١ - يسرى على الالتزامات غير الإرادية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام .

٢ - على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار ، تسرى أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في مصر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه .

يطابق هذا النص المادة ٢١ من التقنين الحالي فيما عدا استبدال عبارة « غير الإرادية » بعبارة « غير التعاقدية » الواردة وصفا للالتزامات في الفقرة الأولى .

(مادة ٢٩)

يسرى على مسائل الاختصاص والإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات .

يطابق هذا النص المادة ٢٢ من التقنين الحالي فيما عدا بعض تعديلات لفظية ، حيث تنص هذه المادة على ما يأتي : « يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات » .

(مادة ٣٠)

لا تسرى أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في مصر .

يطابق هذا النص المادة ٢٣ من التقنين الحالي .

(مادة ٣١)

تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في السواد السابقة مبادئ القانون الدولي الخاص .

يطابق هذا النص المادة ٢٤ من التقنين الحالي مع حذف عبارة « من أحوال تنازع القوانين » لعدم الحاجة إليها .

(مادة ٣٢)

١ - يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد .

٢ - على أنه إذا كان للشخص في الوقت ذاته الجنسية المصرية وجنسية دولة أو عدة دول أجنبية وفقا لقوانينها ، فإن القانون المصري هو الذي يجب تطبيقه .

يطابق هذا النص المادة ٢٥ من التقنين الحالي فيما عدا بعض تعديلات لفظية في الفقرة الثانية .

مادة ٣٣

إذا كان القانون الواجب التطبيق قانونا أجنبيا ، فلا يطبق ما ينصه من قواعد التنازع الدولي بين القوانين .

يطابق هذا النص المادة ٢٧ من التقنين الحالي فيما عدا بعض تعديلات لفظية ، حيث تنص على ما يأتي : « إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق ، فلا يطبق فيه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص » .

(مادة ٣٤)

إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ، فإن هذا القانون هو الذى يقرر أية شريعة منها يجب تطبيقها .

يطابق هذا النص المادة ٢٦ من التقنين الحالى مع تعديل فى الصياغة ، إذ تنص هذه المادة على ما يأتى : « متى ظهر من الأحكام الواردة فى المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع ، فإن القانون الداخلى لتلك الدولة هو الذى يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها » . وقد حذفت عبارة « الأحكام الواردة فى المواد المتقدمة » لأن قاعدة الاسناد قد لا تكون واردة فى المواد السابقة ويكون مصدرها معاهدة أو عرف أو مبادئ القانون الدولى الخاص .

وغنى عن البيان أن الحكم الوارد فى هذه المادة يسرى سواء كان تعدد الشرائع المشار اليه فى النص تعددا إقليميا أو شخصيا .

(مادة ٣٥)

لا يجوز تطبيق أحكام قانون اجنبى اذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب .

يطابق هذا النص فى حكمه المادة ٢٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « لا يجوز تطبيق أحكام قانون اجنبى عينته النصوص السابقة ، اذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر » . وقد حذفت عبارة « عينته النصوص السابقة » لأن قاعدة الاسناد قد لا تكون واردة فى المواد السابقة ويكون مصدرها معاهدة أو عرف أو مبادئ القانون الدولى الخاص .

الفصل الثانى

استعمال الحق

(مادة ٣٦)

الجواز الشرعى ينافى الضمان . فمن يستعمل حقه استعمالا مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر .

يطابق هذا النص فى حكمه المادة ٤ من التقنين الحالى التى تقول : « من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر » .

والعبارة التى جاءت فى صدر النص المقترح ، وهى أن « الجواز الشرعى ينافى الضمان » يراد بها المعنى ذاته الذى تفيد به العبارة الواردة فى المادة ٤ المذكورة . فثمة تكرار لمعنى واحد فى عبارتين مختلفتين يتضمنهما النص المقترح . ومع ذلك فقد روى أن يبدأ هذا النص بعبارة « يستعملها الفقه الإسلامى لما تتميز به من بلاغة فى الإيجاز » ، ثم تاتى بعدها عبارة فيها

توضيح وبيان للمعنى المقصود . وكثيراً ما نجد فى نصوص المجلة أمثلة لهذه الطريقة فى الصياغة (راجع المادة ٩١ من المجلة) .

(مادة ٣٧)

١ - يكون استعمال الحق غير مشروع اذا انحرف به صاحبه عن غرضه الاجتماعى الذى قصد اليه الشارع وبوجه خاص فى الأحوال الآتية :

(أ) اذا قصد به أصالة الاضرار بالغير .

(ب) اذا تعارض مع مصلحة عامة جوهريّة .

(ج) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة .

(د) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

(هـ) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها مؤذية الى ضرر فاحش يصيب الغير وكان فى استطاعة تحقيق هذه المصالح بطريق آخر لا يؤدى الى هذا الضرر .

(و) اذا كان على علم بترتيب الضرر الفاحش وكان فى استعماله لحقه مترفها لا يلحقه ضرر من تركه .

٢ - ويكون للقاضى أن يحكم بوقف هذا الاستعمال واعادة الحال الى ما كان عليه ، مع التعويض عما يكون قد نشأ عنه من ضرر .

يقابل هذا النص المادة ٥ من التقنين الحالى ، وهى تجرى على النحو التالى :

« يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية :

(أ) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير .

(ب) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

(ج) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة » .

والأمر يتعلق فى هذا المقام بنظرية التعسف فى استعمال الحق . وهى نظرية لها كيانها المستقل ، حيث تتناول صورة متميزة للخطأ ، وهى انحراف صاحب الحق فى استعماله عن الغرض الاجتماعى للحق ، أى الغرض الذى تقرر الحق من أجله . وهذا معيار شخصى مادى ، يزن استعمال الحق فى ضوء الدافع الشخصى لصاحبه والغرض الاجتماعى له فى وقت واحد . فإن كان هناك توافق بين هذا الغرض وذلك الدافع كان الاستعمال مشروعاً ، والا كان غير مشروع . فاستعمال الحق بقصد الاضرار بالغير تعسف ، حتى لو تحققت من ورائه مصلحة . واستعماله لغاية لا تتفق والغرض الاجتماعى له تعسف كذلك ، حتى لو لم يكن بقصد

وثاني هذه المعايير (ب) « إذا تعارض (استعمال الحق) مع مصلحة عامة جوهرية » . وقد ورد هذا المعيار في المادة ٦ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ، ولكنه حذف دون ذكر مبرر لحذفه ، مع أنه ورد في الفقه الاسلامي وقننته المجلة التي تنص في المادة ٢٦ منها على انه « يتحصل الضرر الخاص لدفع ضرر عام » .

واكثر ما يساق من التطبيقات في هذا الصدد في الفقه الاسلامي يتعلق بولاية الدولة في تقييد حقوق الأفراد صيانة للمصلحة العامة كمنع اختزان السلع تجنباً لاستغلال حاجة الأفراد اليها خلال الحروب والجوانح . على أن هذه مجرد أمثلة تحتل التوسع والقياس (المذكورة الايضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين الحالي) .

والمعياران الثالث والرابع (ج - د) ورد ذكرهما في التقنين الحالي . والمعياران الخامس والسادس (هـ - و) مأخوذان كذلك من الفقه الاسلامي ، وهما يستندان الى قاعدة أساسية في الشريعة الاسلامية ، وهي التي تقول : « لا ضرر ولا ضرار » .

وينتهي النص المقترح ببيان الجزاء الذي يترتب على الاستعمال التعسفي للحق .

الفصل الثالث

الأشخاص

١ - الشخص الطبيعي

(مادة ٣٨)

١ - تبدأ شخصية الانسان من وقت العمل بشروط تمام ولادته حيا ، وتنتهي بموته .

٢ - ويعين القانون حقوق الحمل المستكن .

هذه المادة تقابل المادة ٢٩ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :
« ١ - تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا ، وتنتهي بموته .
٢ - ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون » .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة بما مفاده أن شخصية الانسان تبدأ من وقت الحمل بشروط تمام ولادته حيا . وأساس هذا التعديل أن الجنين تكون له أهلية وجوب قاصرة على صلاحيته لكسب الحقوق النافعة نفعا محضا وتحمل الالتزامات التي تنشأ عن ادارة أمواله أو بسببها . ومن ثم تثبت الشخصية للانسان من وقت الحمل بما يشترط لذلك أن تتم ولادته حيا . فثبتت الشخصية للانسان من وقت الحمل يكون متوقفا على ولادته حيا . فاذا ولد الانسان حيا اعتبر شخصا من وقت الحمل ، وإذا ولد ميتا اعتبر كأنه لم يكن .

ويتفرع على ذلك أن ما يكتسبه الجنين من حقوق يكون موقوفا على شرط تمام ولادته . فاذا ولد حيا استتقت له هذه الحقوق من وقت الحمل لا من وقت الميلاد ، وإذا ولد ميتا اعتبر كأنه لم يكن ، وبالتالي لا يعتبر أنه قد استحق شيئا مما تقو له من حقوق .

الاضرار بالغير . وهذا ما تقتضيه النظرة الحديثة التي لا تعتبر الحقوق سلطات مطلقة ، وإنما تريد لها حقوقا نسبية يمثل كل منها وظيفة اجتماعية لتحقيق غاية معينة يجب ألا يبيد الحق عنها .

ومن ثم فهذا معيار عام للتعسف ينسب على جميع الحقوق ايا كان نوعها ويمتد الى جميع فروع القانون . الأمر الذي استوجب أن يكون لنظرية التعسف مكان الصدارة في الباب التمهيدي للتقنين المدني . حتى يمكن أن يقال أن الأساس الفني للتعسف هو نظرية الحق .

ولقد ظفرت نظرية التعسف في استعمال الحق بعناية فائقة في الفقه الاسلامي ، حيث صاغها هذا الفقه صياغة لم يسبقه اليها فقه آخر . فهي تقوم على الأسس الاسلامية في تقرير الحقوق . ذلك أن شرع الحقوق في الشريعة الاسلامية إنما كان لمصلحة المجتمع ولمصلحة الانسان . فهو يقوم على مبادئ الأخلاق الاسلامية الفاضلة التي جاء بها الدين من العدل والمساواة والاحسان واتباع المعروف وتجنب العفیان والجور والفساد ، وعلى عدد من القواعد الشرعية التي أقرتها الشريعة لتحقيق هذا الغرض . فهي تعد تطبيقا لمقاصد الشارع التي أخذت من عدة نصوص وجملة أدلة تفيد القطع ومن هذه المقاصد الكلية القطعية أن قصد المكلف في العمل يجب أن يوافق الشاروع باطل وقد فصل الامام الشاطبي هذه النظرية في الجزء الثاني من الموافقات ، وهو كتاب المقاصد ، حيث عرض لبيان قصد الشارع في وضع الشريعة ومقاصد المكلف في التكليف . وأورد في تطبيقات عديدة تجمع بين المعيارين الشخصي والموضوعي . وقد استوعبت المادة المقترحة أهم هذه التطبيقات (مراجع الموافقات ج ٢ القسم الثاني المسألة الخامسة : تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد) .

وحيثما أراد المشرع أن يورد في التقنين المدني الحالي لأول مرة هذه النظرية لم يجد أمامه في سائر القوانين الأجنبية من الضوابط خيرا مما ورد في الفقه الاسلامي .

وسواء بالنسبة الى معايير التعسف التي وردت في التقنين الحالي ، وتلك التي وردت في النص المقترح ، فإنها جميعها مستمدة من الفقه الاسلامي (محمود فتحي ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الاسلامية . على الخفيف ، الملكية في الشريعة الاسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية . المجلة م ١٩ و ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ و ٢٩) .

وقد رؤى أن يبدأ النص المقترح بمعيار عام يتضمن جهر فكرة التعسف حتى يكون المجال رحبا أمام القاضي ، فلا يقتصر على ضوابط محددة كما هو حكم النص الحالي ، بل تمتد سلطنة الى كل حالة تتوفر فيها التعسف بانحراف الحق بواسطة من يستعمله عن غرضه الاجتماعي بالمعنى الذي اسلفناه . ثم يأتي في النص بعد ذلك عدد من المعايير الفرعية المحددة التي تعتبر أظهر تطبيقات عملية للمعيار العام .

وأول هذه المعايير (أ) هو أن يتوفر التعسف من جانب صاحب الحق في استعماله « إذا قصد به أصالة الاضرار بالغير » . وهذه صياغة تفضل صياغة التقنين الحالي ، لأن المقصود أن يكون قصد احداث الضرر هو العامل الأساسي الذي دفع الشخص الى استعمال الحق ، حتى لو تحقق منفعة عرضية لم تكن مقصودة ، أو كان هذا المقصد مصحوبا بنية جلب منفعة إذا كانت هذه النية عاملا ثانويا .

وأدخل تعديل لفظي على الفقرة الثانية .

ويتفق حكم الفقرة الأولى مع الرأي السائد في الفقه الإسلامي وهو مذهب الأئمة الثلاثة : مالك والشافعي وأحمد . وبه أخذ قانون المواريث (م ٤٣) وقانون الوصية (م ٣٥) . وهو يخالف مذهب الإمام أبي حنيفة الذي جرى عليه العمل قبل ذلك ، وفيه تثبت الشخصية للمولود فيرت إذا خرج أكثره حيا ولو مات قبل أن يتم خروج باقيه .

ويتفق حكم الفقرة الثانية مع ما تقرره الشريعة الإسلامية من حقوق للأهل المستكن ، كالحق في ثبوت نسبه من أبيه ، وفي الميراث من مورثه (م ٢٤ من قانون المواريث) ، وفي استحقاقه من غلة الوقف الذي هو من مستحقته . وقد يضيف القانون إلى هذه الحقوق حقوقا أخرى ، كإقامة وصي يقبل الوصية أو التبوع للجنين (م ٢٩ و ٢٨ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال وم ٢٠ من قانون الوصية) .

(مادة ٣٩)

تسرى في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة ،
فإن لم توجد فاحكام الشريعة الإسلامية .

يطابق هذا النص المادة ٣٢ من التقنين الحالي . وقد روى تعديل ترتيب النصوص على خلاف ما جاء في التقنين الحالي ، كي يأتي هذا النص الذي يؤدي حكمه إلى انتهاء الشخصية حكما بعد النص الذي يتضمن انتهاء الشخصية حقيقة .

(مادة ٤٠)

- ١ - تثبت وقائع الحالة المدنية بالسجلات الرسمية المعدلة لذلك .
- ٢ - وينظم هذه السجلات ويحدد حجيتها في الإثبات قانون خاص .
- ٣ - فإذا لم توجد هذه السجلات ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بها ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى .

يقابل هذا النص المادتين ٣٠ و ٣١ من التقنين الحالي . فالمادة ٣٠ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

- ١ - تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدلة لذلك .
- ٢ - فإذا لم يوجد هذا الدليل ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى .

والمادة ٣١ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : « دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها ينظمها قانون خاص » .

وقد روعي في صياغة المادة المقترحة أن تكون متفقة مع ما هو حاصل الآن من الأخذ بنظام سجل الحالة المدنية بالقانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ .

(مادة ٤١)

- ١ - يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق أولاده .
- ٢ - وينظم تشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها .

تطابق الفقرة الأولى من هذه المادة المقترحة نص المادة ٢٨ من التقنين الحالي ، وتطابق الفقرة الثانية نص المادة ٣٩ من هذا التقنين .

(مادة ٤٢)

لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه أو لقبه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه أو لقبه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

يطابق هذا النص المادة ٥١ من التقنين الحالي مع إضافة اللقب إلى الاسم حتى يشملها الحكم جميعا . وقد روى أن يأتي الحكم الخاص بحماية الاسم بعد الأحكام الخاصة بكسب الاسم وتغييره مباشرة فلا يقوم بينهما فاصل على نحو ما هو حاصل في التقنين الحالي الذي نظم الاسم في المادتين ٣٨ و ٣٩ ثم أشار إلى حمايته في المادة ٥١ .

وهذا النص يحس مصلحة شرعية ، لأن منازعة الغير في الاسم وانتحال الغير له محرم شرعا .

(مادة ٤٣)

- ١ - تتكون أسرة الشخص من زوجه وذوي قرابه .
- ٢ - ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك .

يطابق هذا النص المادة ٣٤ من التقنين الحالي مع إضافة لفظ « زوجه » في الفقرة الأولى قبل « وذوي قرابه » لتحديد أن زوجة الشخص تدخل في أسرة زوجها . والنص ينصرف إلى كل من الزوج والزوجة . فليس من المقبول قصر أسرة أي من الزوجين على أولاده وذوي قرابه مع استبعاد الزوج الآخر . والنص الحالي لا يتسع للزوجة ، فهي ليست من ذوي القربى إذ أن أساس صلتها بالزوج رابطة الزوجية لرابطة القرابة ، إذ قد لا يجمعهما أصل مشترك فلا يعتبران من ذوي القربى .

(مادة ٤٤)

- ١ - القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع .
- ٢ - وقرابة الحواشي هي الصلة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر .

يطابق هذا النص المادة ٣٥ من التقنين الحالي مع استبدال لفظ « الصلة » بلفظ « الرابطة » في الفقرة الثانية توحيدا للفظين .

(مادة ٤٥)

يراعى في حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل . وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة .

يطابق هذا النص المادة ٣٦ من التقنين الحالي .

يطابق هذا النص المادة ٤٥ من التقنين الحالي . والفقرة الأولى منه مستمدة من الشريعة الإسلامية . والفقرة الثانية تطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة ٩٧ من التقنين العراقي والفقرة الثالثة من المادة ١١٨ من التقنين الأردني .

(مادة ٥٢)

كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون .

يطابق هذا النص المادة ٤٦ من التقنين الحالي . وهو مستمد من الشريعة الإسلامية .

(مادة ٥٣)

يخضع فاقد الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لاحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون .

يطابق هذا النص المادة ٤٧ من التقنين الحالي .

(مادة ٥٤)

ليس لاحد النزول عن اهليته أو التعديل في احكامها .

يطابق هذا النص المادة ٤٨ من التقنين الحالي .

(مادة ٥٥)

- ١ - الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة .
- ٢ - ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز ألا يكون له موطن ما .

يطابق هذا النص المادة ٤٠ من التقنين الحالي . ويتفق حكمه مع ما تقرره الشريعة الإسلامية . فقد جاء في البدائع (ج ١ ص ١٠٣ - ١٠٥) أنه « يجوز أن يكون الموطن الأصلي واحدا أو أكثر من ذلك بأن كان له أهل ودار في بلدتين أو أكثر ولم يكن من نية أهله الخروج منها » . وقد عرفت المادة ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الموطن في ضوء أحكام الفقه الإسلامي بأنه « البلد الذي يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما فيه عادة » . (انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين الحالي) .

(مادة ٥٦)

يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة .

يطابق هذا النص المادة ٤١ من التقنين الحالي .

(مادة ٥٧)

- ١ - موطن القاصر أو المجبور عليه أو المفقود أو الغائب هو موطن من ينوب عنه قانونا .

(مادة ٤٦)

يعتبر اقارب أحد الزوجين في ذات القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر .

هذه المادة تطابق المادة ٣٧ من التقنين الحالي مع تعديل لفظي .

(مادة ٤٧)

الجنسية المصرية ينظمها قانون خاص .

يطابق هذا النص المادة ٣٣ من التقنين الحالي .

(مادة ٤٨)

ليس لاحد النزول عن حريته أو عن حق من الحقوق الملازمة لشخصيته .

يقابل هذا النص المادة ٤٩ من التقنين الحالي ، وهي تنص على ما يأتي : « ليس لاحد النزول عن حريته الشخصية » . وقد أضيف في النص المقترح الحقوق الملازمة للشخصية باعتبار أنها حقوق لا يجوز التصرف فيها ، وإن كان في ذكرها ما يخفى عن ذكر الحرية الشخصية ، إلا أن التنوية بالحرية في هذا المقام أولى باعتبارها أساس الشخصية وأولى حقوقها .

(مادة ٤٩)

لكل من وقع اعتداء على حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

يطابق هذا النص المادة ٥٠ من التقنين الحالي مع تعديل طفيف في الصياغة .

(مادة ٥٠)

- ١ - كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يجبر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .
- ٢ - وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة .

يطابق هذا النص المادة ٤٤ من التقنين الحالي . والفقرة الأولى منه مستمدة من الشريعة الإسلامية . أما الفقرة الثانية فتستند إلى المبدأ الشرعي الذي يخول ولي الأمر سلطة سن ما تقتضيه مصلحة شرعية لاتناقض نصا . إذ أن سن البلوغ في الشريعة الإسلامية خمس عشرة سنة . وهي تقابل المادة ١٠٦ من التقنين العراقي التي تنص على أن « سن الرشد هي ثمانى عشرة سنة كاملة » . كما تقابل المادة ٤٣ فقرة ثانية من التقنين الأردني التي تنص على أن « سن الرشد هي ثمانى عشرة سنة شمسية كاملة » .

(مادة ٥١)

- ١ - لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون .
- ٢ - وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز .

(ج) حق التقاضي .

(د) موطن مستقل * ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز ادارته * والأشخاص الاعتبارية التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في مصر يعتبر مركز ادارتها، بالنسبة الى القانون الداخل ، المكان الذي توجد فيه الادارة المحلية .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣ من التقنين الحالي فيما عدا ما يأتي :
أولا - تتضمن الفقرة الثالثة من المادة ٥٣ من التقنين الحالي عبارة تقول : « ويكون له نائب يعبر عن ارادته » . وقد استبدلت بهذه العبارة عبارة « ويكون له نائب يمثل » مع نقلها الى جوار الحكم الوارد في صدر النص ، اذا أن الشخص الاعتباري ليست له ارادة وانما المقصود أن يكون له ممثل يثوب عنه في مباشرة التصرفات .

ثانيا - استبدلت عبارة « الأشخاص الطبيعية » في البند د من المادة بكلمة « والشركات » .

(مادة ٦١)

الأحكام المتعلقة بالجمعيات والمؤسسات واتحاداتها تنظمها قوانين خاصة .

هذه مادة مستحدثة . وعلة اقتراحها أن الأحكام الخاصة بالجمعيات والمؤسسات التي تتضمنها المواد من ٥٤ الى ٨٠ من التقنين الحالي قد ألغيت ، حيث تكفل بهذه الأحكام القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ثم لقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ .

الفصل الرابع

تقسيم الأشياء والأموال

(مادة ٦٢)

١ - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم الشرع يصح أن يكون محلا للحقوق المالية .

٢ - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بجزائها ، وأما الخارجة بحكم الشرع فهي التي لا يجزى الشرع أن تكون محلا للحقوق المالية .

هذه المادة تطابق المادة ٨١ من التقنين الحالي مع استبدال لفظ «الشرع» بلفظ «لقانون» ، لأن ما يخرج عن التعامل بحكم الشرع أوسع نطاقا مما يخرج عن التعامل بحكم القانون .

(مادة ٦٣)

١ - كل شيء مستقر بجزئه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف، فهو عقار . وكل ما عدا ذلك من أشياء فهو منقول .

٢ - ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص ، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ، رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله .

٢ - ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ثماني عشرة سنة ومن في حكمه موطن خاص بالنسبة الى التصرفات التي يعتبره القانون اهلا لمباشرتها .

يطابق هذا النص المادة ٤٢ من التقنين الحالي مع حذف كلمة « الأعمال » .

(مادة ٥٨)

١ - يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين .

٢ - ولا يجوز اثبات وجود الموطن المختار الا بالكتابة .

٣ - والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل بما في ذلك اجراءات التنفيذ الجبري ، الا اذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى .

يطابق هذا النص المادة ٤٣ من التقنين الحالي .

٢ - الشخص الاعتباري

(مادة ٥٩)

الأشخاص الاعتبارية هي :

١ - الدولة وكذلك المحافظات والمدن والقرى بالشروط التي يحددها القانون ، والادارات والمصالح وغيرها من المنشآت التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية .

٢ - الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية .

٣ - الاوقاف .

٤ - الشركات التجارية والمدنية .

٥ - الجمعيات والمؤسسات واتحاداتها .

٦ - كل مجموعة من الأشخاص أو الاموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص في القانون .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢ من التقنين الحالي ، مع استبدال كلمة « المحافظات » بكلمة « المديريات » في البند ٧ ، وازدادة كلمة « واتحاداتها » في البند ٥ حيث يقصد بها اتحادات الجمعيات والمؤسسات .

(مادة ٦٠)

يتمتع الشخص الاعتباري في حدود القانون بجميع الحقوق ، الا ما كان منها ملازما لصفة الانسان الطبيعية ، ويكون له نائب يمثله ، كما يكون له :

(أ) ذمة مالية مستقلة .

(ب) اهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقررها القانون .

١ - تعتبر أموالاً عامة : العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص .

٢ - وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو حجز عليها أو تملكها بالتقادم .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة باستبدال عبارة « قرار جمهوري » بكلمة « مرسوم » .

وعُدلت الفقرة الثانية باستبدال عبارة « أو تملكها أو كسب أي حق عيني عليها بالحيازة أو بالتقادم المانع من سماع الدعوى » بعبارة « أو تملكها بالتقادم » حيث أن العبارة المختارة اشمل في احاطتها بالحكم ، كما روعي فيها الأخذ بنظام عدم سماع الدعوى الذي اعتمد المشروع على قرار مقررده الفقه الاسلامي .

ويتضح من نصوص الدستور أن الأموال العامة أربعة : النوع الأول يشمل الأموال العامة ، والنوع الثاني يشمل الأموال الخاصة بملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، والنوع الثالث يشمل الأموال التعاونية ، والنوع الرابع يشمل الأموال الخاصة (م ٢٩ - ٣٢ من الدستور) وعلى هذا الأساس أصبح من المتعين أن يحدد مدلول كل من هذه الأنواع الأربعة في الباب التمهيدي .

(مادة ٦٩)

تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة . وينتهي التخصيص بمقتضى قانون أو قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة .

هذه المادة تطابق المادة ٨٨ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « قرار جمهوري » بكلمة « مرسوم » .

(مادة ٧٠)

١ - تعتبر من أموال الدولة الخاصة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما .

٢ - وهذه الأموال ، وكذلك أموال الأوقاف الخيرية ، لا يجوز تملكها أو كسب أي حق عيني عليها بالحيازة أو بالتقادم المانع من سماع الدعوى . ولا يجوز التعدي عليها ، وفي حالة حصول التعدي يكون للوزير المختص حق إزالته إدارياً .

الفقرة الأولى من هذه المادة نص مستحدث . وقد رؤى استحداث هذا النص بعد أن اتسع نطاق أموال الدولة الخاصة ، وذلك بخلق قطاع عام يشمل أدوات الإنتاج وغيرها . فأموال الدولة الخاصة في حكم هذا النص يراد بها كل ما هو مملوك للدولة عدا الأموال العامة ، سواء كان من أدوات التجارة أو الصناعة أو الزراعة أو الأراضي أو المباني أو غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٨٢ من التقنين الحالي .

انظر المادتين ٢ و ٣ من مرشد الحيران .

(مادة ٦٤)

١ - يعتبر مالا عقاري كل حق عيني على عقار بما في ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار .

٢ - ويعتبر مالا منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية .

هذه المادة تطابق المادة ٨٣ من التقنين الحالي .

(مادة ٦٥)

الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها ، بحسب ما أعدت له ، في استهلاكها أو انفاقها .

هذه المادة تطابق المادة ٨٤ فقرة أولى من التقنين الحالي .

(مادة ٦٦)

الأشياء المنقولة هي التي لا تتفاوت أحدها تفاوتاً يعتد به في التعامل ، وتقدر عادة بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن .

هذا النص يقابل المادة ٨٥ من التقنين الحالي ، وهي تجرى على النحو الآتي : « الأشياء المنقولة هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن » .

وقد رؤى حذف عبارة « يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء » واستبدلت بها عبارة « لا تتفاوت أحدها تفاوتاً يعتد به في التعامل » ، حتى يقتصر النص على تحديد الخصائص دون بيان الأحكام ، إذ المرجع هو إلى عدم التفاوت أساساً لأنه الخاصية التي تتميز بها هذه الأشياء ، وهي التي تؤدي إلى الحكم الذي يجري في التعامل وهو أن بعضها يقوم مقام بعض في الوفاء .

(مادة ٦٧)

الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة .

هذه المادة تطابق المادة ٨٦ من التقنين الحالي .

(مادة ٦٨)

١ - تعتبر أموالاً عامة ، العقارات والمنقولات التي للدولة وللأشخاص الاعتبارية العامة ، والتي تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهوري أو قرار من الوزير المختص .

٢ - وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها أو كسب أي حق عيني عليها بالحيازة أو بالتقادم المانع من سماع الدعوى .

هذه المادة تقابل المادة ٨٧ من التقنين الحالي التي تنص على

ما يأتي :

يقابل هذا النص المادة ٨٩ من التقنين الحالي التي تقول : « يتم انعقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » .

ويقابل المادة ٩٠ من التقنين المدني الأردني التي تقول : « ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » .

ويقابل المادة ٣٢ من التقنين المدني الكويتي .

ويقابل المادة ١٠٤ من المجلة التي تقول : « الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما » .

(مادة ٧٥)

١ - يكون التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ، كما يكون باتخاذ موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود .

٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً .

هذه المادة تقابل المادة ٩٠ من التقنين الحالي التي تقول :

« ١ - التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على المعنى المقصود .

٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً » . وقد أضيف إلى صياغة التعبير الصريح في الفقرة الأولى من هذه المادة توضيح يبين أن الإشارة المتداولة عرفاً تكون معتبرة ولو من غير الأخرس . كما أضيفت صورة أخرى لهذا التعبير ، وهي المبادلة الفعلية الدالة على التراضي .

وتقابل في فقرتها الأولى المادة ٧٩ من التقنين العراقي والمادة ٩٣ من التقنين الأردني .

وتقابل المادتين ٣٤ و ٣٥ من التقنين المدني الكويتي .

وهي مستمدة من الفقه الإسلامي . فقد نصت المادة ٣٤٦ من مرشد الحيران على أنه « كما ينعقد البيع بالإيجاب والقبول خطاباً يصح انعقاده بهما تحريراً أو مكتوبة » . و ينعقد البيع أيضاً بالإشارة المعروفة للأخرس » . ونصت المادة ٣٤٧ على أنه « يصح انعقاد البيع بالتنازل والتعاطي » . ونصت المادة ١٧٣ من المجلة على أنه « كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكتوبة أيضاً » . ونصت المادة ١٧٤ على أنه « ينعقد البيع بالإشارة المعروفة للأخرس » . ونصت المادة ١٧٥ على أنه « حيث أن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين فيتعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ويسمى هذا بيع التعاطي

القسم الأول

الالتزامات أو الحقوق الشخصية

الكتاب الأول

الالتزامات بوجه عام

الباب الأول

مصادر الالتزام

الفصل الأول

العقد

الفرع الأول

أركان العقد

(١) التراضي

(مادة ٧٣)

العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه .

يطابق هذا النص التعريف الوارد في المادة ٢٦٢ من مرشد الحيران ، فهي تقول : « العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه - ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر » . وكذلك المادة ٨٧ من التقنين المدني الأردني .

ويطابق المادة ٧٣ من التقنين المدني العراقي والمادة ١٠٣ من قانون التجارة الكويتي ، ويقابل المادة ٣١ من التقنين المدني الكويتي (انظر أيضاً المجلة ١٠١٨ - ١٠٤ والمذكورة الإيضاحية لمشروع التقنين الحالي) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين الحالي تجنباً للتعريفات الفقهية . وهو مستمد من الفقه الإسلامي . ويدل على النزعة الموضوعية التي تسود هذا الفقه . بينما الفقه اللاتيني المشتق من القانون الروماني تسوده النزعة الذاتية . فالنقطة البارزة في تعريف الفقه اللاتيني للعقد أنه ينشئ التزامات على عاتق شخص أو أكثر ، أما النقطة البارزة في تعريف الفقه الإسلامي للعقد أنه يثبت أثره في المحل .

(مادة ٧٤)

يتم ارتباط الإيجاب بالقبول ، في الوقت الذي يتبادل فيه المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع لانعقاد العقد .

٢ - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة .

هذه المادة تطابق المادة ٩٣ من التقنين الحالي . وتطابق الفقرة الأولى منها المادة ٨٤ من التقنين العراقي والمادة ٩٨ من التقنين الأردني ، وتطابق المادة ٢/٤١ من التقنين المدني الكويتي . وهذا النص يجد سنده في الفقه المالكي .

(مادة ٧٩)

١ - إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحمل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً . وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل .

٢ - ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول وكان القبول قد صدر قبل أن ينقض مجلس العقد .

هذه المادة تطابق المادة ٩٤ من التقنين الحالي .

وتقابل المادة ٨٢ من التقنين العراقي والمادة ٩٦ من التقنين الأردني ، وهما تنصان على ما يأتي : « المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس . فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الأعراض يبطل الإيجاب ولا عبوة بالقبول الواقع بعد ذلك » .

وتقابل المادة ٤٦ من التقنين الكويتي .

وحكم المادة المقترحة مستمد من قواعد الفقه الإسلامي في مجلس العقد ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين الحالي ما يأتي : « لمن وجه إليه الإيجاب أن يقبله عند الحنفية ، إلى وقت انقضاء المجلس أو إلى الوقت الذي يصدر منه ما يدل على الأعراض (أنظر م ١٧٢ - ١٨٣ من المجلة . والبدائع ج ٥ ص ١٣٧ ، ١٣٨ ، ٢٢٨) . أما المذهب الشافعي فيشترط أصحابه القبول فوراً ولكنهم يخولون المقابل حق العدول ، وهو ما يسمونه خيار المجلس ، إلى وقت افتراق المتعاقدين . أما المذهب المالكي فيتفق في الرأي مع مذهب الشافعية ولكنه يعطى المقابل خيار المجلس (أنظر فيما يتعلق بالمذهبين الآخرين بداية الجتهاد ج ٢ ص ١٤٥ - ١٤٣ والمعنى ج ٤ ص ٢٩) .

وجاء أيضاً في هذه المذكرة ما يأتي : « بعد أن غلب المشروع المسددة التي يكون الإيجاب خلالها ملزماً عند تحديد ميعاد له ، واجه الحالة التي لا يحصل فيها تحديد . وينبغي التمييز في هذا المقام بين صورتين .

(١) فيلاحظ أولاً أن الإيجاب إذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من قوره . وينتول الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بالتليفون أو بآية وسيلة مماثلة منزلة الإيجاب الصادر إلى شخص حاضر .

(أنظر أيضاً المبسوط ج ١٢ ص ١٠٨ - ١٠٩ . البدائع ج ٥ ص ١٣٣ - ١٣٥ بداية الجتهاد ج ٢ ص ١٤١ . المعنى ج ٤ ص ٥٤ . وأنظر فيما يتعلق بقبول الإشارة من غير الأخرس ، الزرقاني ج ٥ ص ٤٠ المذكرة الإيضاحية للتقنين الحالي) .

(مادة ٧٦)

ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقر الدليل على عكس ذلك .

يطابق هذا النص المادة ٩١ من التقنين الحالي . ويقابل المادة ٣٦ من التقنين المدني الكويتي .

(مادة ٧٧)

يسقط التعبير عن الإرادة إذا كان من صدر منه أو من وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته قبل ارتباط الإيجاب بالقبول .

هذه المادة تقابلها المادة ٩٢ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل » .

وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين الحالي في صدد هذا النص ما يأتي :

يجري المذهب المالكي على هذا الرأي : الزرقاني ج ٥ ص ٦٥ . أما المذهب الحنفي فهو على خلاف ذلك : البدائع ج ٥ ص ٢٢٨ وج ٦ ص ٢٠ . الهداية ج ٥ ص ٧٨ : الأشباه ص ١٤٣ .

وقد روي في النص المقترح العدول عن الحكم الوارد في نص التقنين الحالي والأخذ برأي جمهور الفقه الإسلامي وهم الحنفية (البدائع ج ٥ ص ٢٢٨ وج ٦ ص ٢٠) والشافعية (معنى المحتاج ج ٢ ص ٦) والحنابلة (المعنى لابن قدامة ج ٣ ص ٤٨٢) والشيعة الجعفرية (فقه الإمام جعفر ج ٣ ص ٤٤) .

حيث ترى هذه المذاهب أن الإيجاب يسقط بموت الموجب أو بفقد أهليته على أساس خيار الموجب في الرجوع فيه ، إذ أنه يتعذر عليه حينئذ أعمال هذا الخيار .

وعليه فيقتضي النص المقترح لا ينعقد العقد إذا كان الموجب أو المقابل قد مات أو فقد أهليته قبل أن ينتج القبول أثره بوصوله إلى علم الموجب ، أي قبل ارتباط الإيجاب بالقبول .

(مادة ٧٨)

١ - إذا عين ميعاد للقبول ، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن

ينقضي هذا الميعاد .

(مادة ٨١)

١ - لا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان على كل المسائل التي تفاوضا فيها بشأن هذا العقد . أما الاتفاق على بعض هذه المسائل ، فلا يكفي لزام الطرفين ، حتى لو ألفت هذا الاتفاق بالكتابة .

٢ - ومع ذلك إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم يتفق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة .

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة . وكان المشروع التمهيدى للتقنين الحالى يتضمن نصا مطابقا لهذه الفقرة ، هو المادة ١٢٧ ، ولكن حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لعدم الحاجة اليها . وحكمها مسلم به في الفقه الاسلامي (البدائع ج ٥ ص ١٣٦ ، ١٣٧ . ابن عابدين ج ٤ ص ٢٥) . وقد نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٨٦ من التقنين العراقي ، والفقرة الأولى من المادة ١٠٠ من التقنين الأردني .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق المادة ٩٥ من التقنين الحالى ، والفقرة الثانية من المادة ٨٦ من التقنين العراقي ، والفقرة الثانية من المادة ١٠٠ من التقنين الأردني ، وتقابل المادة ٥٢ من التقنين المدني الكويتي .

(مادة ٨٢)

١ - يجب لانعقاد العقد أن يكون القبول مطابقا للإيجاب .
٢ - فإذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يغلل فيه ، اعتبر وقفا يتضمن إيجابا جديدا .

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة . وهي تطابق في حكمها المادة ٨٥ من التقنين العراقي ، والفقرة الأولى من المادة ٩٩ من التقنين الأردني ، والفقرة الثانية من المادة ٤٣ من التقنين المدني الكويتي وحكمها مسلم به في الفقه الاسلامي (م ١٧٧ - ١٨٠ من المجلة ، البدائع ج ٥ ص ١٣٦ . المختار ج ٣ ص ٤) .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق المادة ٩٦ من التقنين الحالى ، والفقرة الثانية من المادة ٩٩ من التقنين الأردني ، والفقرة الثانية من المادة ٤٣ من التقنين المدني الكويتي . وحكمها مسلم به في الفقه الاسلامي (البدائع ج ٥ ص ١٣٦) .

(مادة ٨٣)

١ - يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .
٢ - ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل اليه فيهما هذا القبول .

وقد أخذ المشروع في هذه الصورة من المذهب الجعفي قاعدة حكيمية . فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت ، إذا لم يصدر قبل ائتماري المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه في الفترة التي تقع بين الإيجاب والقبول . وقد روي من المفيد أن يأخذ المشروع في هذه الحدود ، بنظرية الشريعة الإسلامية في اتحاد مجلس العقد .

(ب) أما إذا صدر الإيجاب لغائب فيبقى الموجب مرتبطا به إلى أن ينقضي الميعاد الذي يتضح عادة لوصول القبول اليه ، فيما لو كان قد أرسل هذا القبول دون إرجاء لا تبرره الظروف . وللموجب أن يفترض أن إيجابه قد وصل في الميعاد المقدر لوصوله .

(مادة ٨٠)

١ - لا ينسب إلى ساكت قول : ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولا .
٢ - ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص في الأحوال الآتية :

(أ) إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب .

(ب) إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل وسكت من وجه اليه الإيجاب عن الرد .

(ج) إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه اليه .

٣ - يعتبر سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولا لما ورد في قائمة الثمن من شروط .

الفقرة الأولى من هذه المادة نص مستحدث يتضمن القاعدة والاستثناء فيما يتعلق بمدى صلاحية السكوت للتعبير عن إرادة القبول . وهو مستمد من الفقه الاسلامي . وقد نصت عليه المادة ٦٧ من المجلة . كما وردت تطبيقات لحكمه في مواد عديدة من المجلة (انظر م ٢٧٦ ، ٤٣٨ ، ٨٠٥ ، ١٦٥٩) . (انظر كذلك الاشياء والنظائر لابن نجيم ص ٧٨ . الاشياء والنظائر للسيوطي ص ٩٧ ، ٩٨) .

وهذه الفقرة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٨١ من التقنين العراقي ، والفقرة الأولى من المادة ٩٥ من التقنين الأردني ، وتطابق في الجزء الأخير منها الفقرة الأولى من المادة من التقنين المدني الكويتي .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتقابل المادة ٩٨ من التقنين الحالى ، وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٨١ من التقنين العراقي ، والفقرة الثانية من المادة ٩٥ من التقنين الأردني ، والفقرة الثانية من المادة ٤٤ من التقنين المدني الكويتي .

أما الفقرة الثالثة فتضيف تطبيقا كان واردا في نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى وما جاء في الفقرتين الثانية والثالثة يتضمن مجرد تطبيقات للاستثناء الوارد على القاعدة .

المهذب ج ١ ص ٢٩٢ . المغنى ج ٤ ص ٢٨٢ و ٢٨٣ . وانظر في بيع متلقى السلع أو الجلب أو الركبان وهو صورة من صور الاحتكار: البدائع ج ٥ ص ٢٣٢ . الجوهرية النيرة للجدوى في شرح مختصر القدوري ج ١ ص ١٠٦ . القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٥٩ . المهذب ج ١ ص ٢٩٢ . وانظر في بيع الحاضر للبادي وهو أيضا صورة من صور الاحتكار: البدائع ج ٥ ص ٢٣٢ . فتح القدير ج ٥ ص ٢٤٠ . المهذب ج ١ ص ٢٩١ و ٢٩٢ . المغنى ج ٤ ص ٢٨٠ . عبد الرازق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ٥٠ - ٦١ . ويتضح من هذا أن الشريعة الاسلامية تؤيد حماية الطرف المذعن في عقد الاذعان .

وسنرى فيما يلي من النصوص ما ينهض بهذه الحماية .

(مادة ٨٦)

- ١ - الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد ، إلا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمدة التي يجب إبرامه فيها .
- ٢ - وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد .

هذه المادة تطابق المادة ١٠١ من التقنين الحالي والمادة ٩١ من التقنين العراقي والمادة ١٠٥ من التقنين الأردني . وتقابل المادة ٧٢ من التقنين المدني الكويتي . (راجع في الشريعة الاسلامية أحمد ابراهيم ، التزام التبرعات ، مجلة القانون والاقتصاد ص ٣ ص ٥١ وما بعدها) .

(مادة ٨٧)

إذا وعد شخص بإبرام عقد ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ العقد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبوجه خاص داتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الأمر المقضي مقام العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٢ من التقنين الحالي . لتلي تنص على ما يأتي :

« إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد » .

وقد عدلت صياغة هذه المادة على النحو الوارد في المادة المقترحة لبرائ أن العقد الموعود به ينعقد بمجرد أن يظهر الموعود له رغبته في التعاقد . إذ أن ابداء الرغبة يكون بمثابة قبول لايجاب يتمثل في الوعد الذي يلتزم به الواعد والذي يشتمل على جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي . ومن ثم يكون طلب التعاقد الآخر منصبا على تنفيذ العقد وليس على تنفيذ الوعد .

هذه المادة تطابق المادة ٩٧ من التقنين الحالي . والمادة ٨٧ من التقنين العراقي . وتقابل المادة ١٠١ من التقنين الأردني ، والمادة ٤٩ من التقنين المدني الكويتي .

انظر فيما يتعلق بأحكام الفقه الاسلامي في هذا الصدد : م ٣٤٦ من مرشد الحيران . البدائع ج ٥ ص ١٣٧ و ١٣٨ . ابن عابدين ج ٤ ص ١٣ - ١٥ . وانظر فيما يتعلق بنظرية العلم بالقبول : فتح القدير ج ٥ ص ٤٥٦ . وزاجع : عبد الرازق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ٥٠ - ٦١ .

(مادة ٨٤)

لا يتم العقد في المزايدات الا بوسو المزاد ، ويسقط العطاء ، بعباء يزيد عليه ولو كان باطلا .

هذه المادة تطابق المادة ٩٩ من التقنين الحالي ، وتقابل المادة ٨٩ من التقنين العراقي والمادة ١٠٣ من التقنين الأردني .

ويقول الفقه الاسلامي ببيع المزاد ، ويسميه «بيع من يزيد» . ويتفق حكم الفصل المقترح مع ما يقول به هذا الفقه (انظر البدائع ج ٥ ص ٢٣٢ و ٢٣٣ . الزيلعي ج ٤ ص ٦٧ . فتح القدير ج ٥ ص ٢٤١ و ٢٤٢ . الخطاب ج ٤ ص ٢٣٧ . الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٢١٠ و ٢١٢ . البحر الرائق ج ٦ ص ٩٩ . المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤٤٧ - ٤٤٩ . عبد الرازق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ٦٢ - ٧٧) .

(مادة ٨٥)

يعتبر التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب في عقد الاذعان قبولا

هذه المادة تقابل المادة ١٠٠ من التقنين الحالي والمادة ١٠٤ من التقنين الأردني والمادة ١٦٧ فقرة أولى من التقنين العراقي والمادة ٨٠ من القانون الكويتي .

وعقد الاذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي ، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها . وهذا العقد وليد التطور في الحياة الاقتصادية الحديثة ، حيث ظهرت شركات الاحتكار للمرافق العامة والسلع الضرورية . ومن أمثاله عقد العمل في الصناعات الكبيرة ، وعقد التأمين بأنواعه المختلفة ، وعقد النقل مع مصلحة السكك الحديدية وشركات السيارات العامة وشركات البواخر وشركات الطيران ، وعقد الاشتراك في المياه والنور والغاز والهاتف ، والتعاقد مع مصلحة البريد والبرق .

ولذلك لا يتحدث الفقه الاسلامي عن عقد الاذعان ، وإنما يتناول الفكرة الجوهرية التي يقوم عليها هذا العقد ، وهي الا يحتكر الشخص سلعة ضرورية فيزيد من سعرها ويبيعها للناس بحسب هواه ، فيرضخ الناس للسعر الذي يقارضه نظرا الى حاجتهم الشديدة لهذه السلعة .

وقد حمل الفقه الاسلامي على الاحتكار وتناوله في صورتين كانتا مألوفتين في عهده ، وهما بيع متلقى السلع وبيع الحاضر للبادي (انظر في الاحتكار : الفتاوى الهندية : ج ٣ ص ٢١٣ و ٢١٤ . المونة الكبرى ج ١ ص ١٢٣ . القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٥٥ ، ٢٥٦ .

٢ - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقًا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجعل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها .

وقد روعي في تعديل نص هذه المادة أن هناك حالات تنفرد فيها إرادة النائب بإبرام التصرف ، كما هو الشأن في حالات النيابة القانونية وحالات الوكالة التي يكون دور الموكل فيها ثانوياً . وتواجه الفقرة الأولى من النص المقترح هذه الحالات ، حيث يعتد بإرادة النائب وحده .

وهناك حالات لا يقوم فيها النائب إلا بدور ثانوي ، كما هو الشأن في حالات الوكالة التي يكون دور الوكيل فيها ثانوياً ، حيث يعتد بإرادة الأصل بصفة أساسية . وهناك حالات تتعاون إرادة الأصل مع إرادة النائب ، وحينئذ يعتد بإرادة كل من الأصل والنائب في حدود القدر الذي أسهم به كل منهما في إبرام التصرف . والفقرة الثانية من النص المقترح تواجه هاتين الطائفتين الأخريتين من الحالات .

ويؤخذ على الفقرة الثانية من النص الحالي أنها لا تأخذ بالفكرة الأساسية بصورتها الكاملة ، فتقتصر الحكم على حالات علم الأصل ببعض الظروف ، مع أن هذا يتنافى مع غرض الشارع من النص ويناقض الفكرة التي يقوم عليها الحكم ، ولهذا يجب في هذا النطاق أن يعتد بكل من الإرادتين في حدود القدر الذي أسهمت به كل منهما ، سواء فيما يتعلق بشروط الإرادة أو عيوبها أو غير ذلك من الظروف التي تؤثر في صحة التصرف أو نفاذه .

والمادة ١٠٤ من التقنين الحالي تطابقها المادة ١١١ من التقنين الأردني ، كما تطابقها في الحكم المادة ٥٦ من التقنين المدني الكويتي .

ولم تظهر فكرة النيابة بتنظيم شامل إلا في التقنينات الحديثة فلم ترد في التقنين الفرنسي ولا في التقنينات العربية القديمة نظرية عامة للنيابة ، وإنما وردت نصوص متفرقة أكثرها في خصوص الوكالة . وهذا هو شأن الفقه الإسلامي ، حيث لم ترد فيه نظرية عامة للنيابة ، وإنما جاءت فيه نصوص متفرقة أكثرها في الوكالة . ولما أقام التقنين الحالي نظرية عامة للنيابة نقلت عنه التقنينات العربية الحديثة ، بما فيها التقنين الأردني ، ما عدا التقنين العراقي ، فقد اقتصر على إيراد فريق من المنصوص في خصوص الوكالة .

غير أنه يلاحظ أن المبادئ التي تقوم عليها النظرية العامة للنيابة يقرها الفقه الإسلامي ، إذ أن ما ورد فيه في خصوص الوكالة ليس سوى تطبيقاً لهذه المبادئ .

(مادة ٩٠)

إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصل .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٥ من التقنين الحالي ، والمادة ١١٢ من التقنين الأردني ، والمادة ٥٧ من التقنين الكويتي .

ونصت المادة ٩٤٢ من التقنين العراقي على الحكم ذاته في خصوص عقد الوكالة ، فقالت إن « حقوق العقد تعود إلى العاقد ، فإذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل وفي حدود الوكالة فإن العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه إليه » .

كما أدخلت تعديلات لفظية ، قاستبدلت عبارة « وبوجه خاص » بعبارة « وبخاصة » ، واستبدلت عبارة « قوة الأمر المقضي » بعبارة « قوة الشيء المقضي به » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٦ من التقنين الأردني التي تطابق المادة ٨٠٢ من التقنين المصري الحالي .

والسند الشرعي لها هو ذلك المبدأ الأساسي في الشريعة الإسلامية الذي جاء في الآية الكريمة : « يأبى الله الدين أنموأ أو فوا بالعقود » .

(مادة ٨٨)

١ - دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في الدلول عنه خلال مدة معقولة ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

٢ - فإذا عدل من دفع العربون ، ففده ، وإذا عدل من قبضه ، رده ورد مثله معه .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٣ من التقنين الحالي .

وهي تقابل المادة ١٠٧ من التقنين الأردني ، وتقابل المادة ٩٢ من التقنين العراقي ، وتقابل المادتين ٧٥ و ٧٦ من التقنين المدني الكويتي . وحكم العربون ، وإن كان غير متفق عليه في الفقه الإسلامي ، إلا أن الإمام أحمد بن حنبل يجيز بيع العربون (انظر المغني ج ٤ ص ٥٨ و ٥٩) . (وانظر رأياً مخالفاً عند الإمام مالك : الموطأ ٢ ص ٦٠٩) . (٦١١)

أما دلالة العربون في الفقه الإسلامي عند الشك ، هل هي للتعاقد أو لجواز العتول ، فامر يترك للعرف والعادة ، ففي الفقه الإسلامي العادة محكمة (انظر عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٢ ص ٩٦ - ١٠٢) .

وقد أخذ في النص المقترح ، كما هو الحكم في التقنين الحالي ، بدلالة العتول ، حيث يعتبر دفع العربون دليلاً على أن لكل من المتعاقدين الحق في العتول عن العقد خلال المدة التي يجوز له فيها ذلك « إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك » .

(مادة ٨٩)

١ - إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لشخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في وجود الإرادة والتعبير عنها وعيوبها وأثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً .

٢ - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقًا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، كان محل الاعتبار عند النظر في الأمور المذكورة في الفقرة السابقة هو شخص كل من الأصل والنائب ، وذلك بالقدر الذي أسهمت به إرادة كل منهما في إبرام العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٤ من التقنين الحالي ، وهي تجرى على النحو الآتي :

١ - إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً .

انظر في خصوص عقد الوكالة : المجلد م ١٤٦٠ - ١٤٦٢ . وانظر م ١١٣ من التقنين الأردني .

(مادة ٩١)

إذا لم يكن المعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصل دائماً أو مديناً ، إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٦ من التقنين الحالي ، فيما عدا استبدال عبارة « يستفاد من الظروف » بعبارة « المفروض حتماً » . وقد كانت العبارة المقترحة موجودة في النص في المشروع التمهيلي للتقنين الحالي ولكن استبدلت بها العبارة الثانية في لجنة مجلس الشيوخ ، مع أن العبارة الأولى أدق في الدلالة على المعنى المقصود .

وتطابق في حكمها المادة ٥٨ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٩٤٣ من التقنين العراقي التي وردت في خصوص الوكالة ، حيث تنص على أنه « إذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير أنه يعمل بصفته وكيلاً فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه إليه إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل فله أن يرجع على أي من الموكل أو الوكيل ولا يهمل أن يرجع عليه » .

وتقابل المادة ١١٣ من التقنين الأردني التي تقول : « إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسمه فإن حكم العقد يرجع إلى الأصل وتنتصرف حقوق العقد إلى النائب إلا إذا كان العاقد الآخر يعلم وقت التعاقد بوجود النيابة فتتبع الحقوق إلى الأصل كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه » .

انظر : مرشد الحيران م ٢٧٩ و ٢٨٠ : المجلد م ١٤٦٠ و ١٤٦١ و ١٥٩٠ و ١٥٩٣ .

(مادة ٩٢)

إذا كان النائب ومن تعاقد معه مجهولان فما وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، حتماً كان أو التزاماً ، يضاف إلى الأصل أو خلفائه .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٧ من التقنين الحالي والمادة ١١٤ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ٩٤٨ من التقنين العراقي التي وردت في خصوص عقد الوكالة ، فقالت أنه « لا يعتد بالنائب الوكيل على الغير الحسن النية الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهائها » .

وتقابل المادة ٦٠ من التقنين الكويتي .

(مادة ٩٣)

لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء كان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل ، وإذا وقع هذا التعاقد ، كان دولوف على إجازة الأصل . وهذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٨ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء كان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل » . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة .

وقد عدلت هذه المادة على النحو المذكور في المتن ، وذلك أخذاً بفكرة العقد الموقوف المعروف في الفقه الإسلامي . والعقد الموقوف ينشأ صحيحاً ، ولكنه لا ينتج لأثارة فتظل هذه الآثار موقوفة إلى أن ينقضي العقد فيبطل أو تلحقه الإجازة فينفذ . فإذا تعاقد النائب مع نفسه انعقد العقد موقوفاً على إجازة الأصل ، وذلك على أساس أن النائب قد جاوز حدود نيابته . فإذا أجاز الأصل العقد نفذ ، وإذا لم يجزه بطل .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١١٥ من التقنين الأردني التي تطابق المادة ١٠٨ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المادة ٦٢ من التقنين الكويتي التي تتفق في حكمها مع المادة ١٠٨ من التقنين المصري الحالي ، حيث تنص على أنه « لا يجوز للنائب بدون إذن خاص ، أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، ولو أجرى هذا التعاقد لحساب شخص آخر غيره » . فإذا حصل منه ذلك كان تصرفه غير نافذ في مواجهة الأصل ، ما لم يحصل إقراره ، وذلك كله ما لم يقض القانون أو عرف التجارة بما يخالفه .

أما التقنين العراقي فلم يزد فيه نص عام في هذا الموضوع ، وإنما اكتفى بالشوايح فيه بتعديم التعاقد مع النفس في حالات معينة .

كذلك لم يرد في الفقه الإسلامي قاعدة عامة في هذا الخصوص وإنما اقتصر الأمر فيه على تحريم التعاقد مع النفس في حالات معينة (انظر المادتين ١٤٨٨ و ١٤٩٦ من المجلد ، والمواد ٣٦٣ - ٣٦٦ من مرشد الحيران) .

(مادة ٩٤)

كل شخص أهل للتعاقد ، ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٩ من التقنين الحالي ، والمادة ٩٣ من التقنين العراقي ، والمادة ١١٦ من التقنين الأردني . وتطابق في حكمها المادة ٨٤ من التقنين الكويتي .

(مادة ٩٥)

ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة .

هذه المادة تطابق المادة ١١٠ من التقنين الحالي ، والمادة ١١٧ من التقنين الأردني . وتطابق في حكمها المادة ٩٦ من التقنين العراقي ، والمادة ١/٨٦ من التقنين الكويتي .

وحكمها مستمد من الشريعة الإسلامية : م ٩٦٦ من المجلد وم ٢٩٩ من مرشد الحيران .

وكذلك المادة ١٠١ فقرة أولى من التقنين العراقي التي تقول :
« للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند امتناع الولى عن الاذن وليس للولى
أن يحجر عليه بعد ذلك » .

كما تقابل المادة ١١٩ فقرة أولى من التقنين الأردني التي تنص على أن
« للولى بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز اذا أكمل الخامسة
عشرة مقدارا من ماله ويأذن له فى التجارة تجربة له . ويكون الاذن
مطلقا أو مقيدا » .

وكذلك المادة ١٢٢ فقرة أولى من التقنين الأردني التي تنص على أن
« للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند امتناع الولى عن الاذن وليس للولى
أن يحجر عليه بعد ذلك » .

أنظر م ٩٦٨ من المجلة وما يليها .

وتطابق فى حكمها المادة ٨٨ من التقنين الكويتي .

(مادة ٩٨)

تحجر المحكمة على المجنون والمعتوه والسفيه وذى الغفلة ، وترفع
الحجر عنهم ، وفقا للقواعد والاجراءات المقررة فى القانون .

هذه المادة تطابق المادة ١١٣ من التقنين الحالى مع تعديلات لفظية
طفيفة .

وهى تقابل المادة ٩٤ من التقنين العراقي التي تقول : « الصغير
والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم » . وكذلك المادة ٩٥ من هذا التقنين
التي تقول : « تحجر المحكمة على السفيه وذى الغفلة ويعلن الحجر بالطرق
المقررة » .

وتقابل المادة ١٤٧ من التقنين الأردني التي تقول : « ١ - الصغير
والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم » . ٢ - أما السفيه وذى الغفلة فتحجر
عليهما المحكمة وترفع الحجر عنهما وفقا للقواعد والاجراءات المقررة فى
القانون . ٣ - يبلغ قرار الحجر للمحجور ويعلن للناس سببه
وتكون تصرفاته قبل ذلك نافذة » .

وتقابل المادة ٩٥٢ من المجلة التي تقول : « الصغير والمجنون والمعتوه
محجورون لذاتهم » . وكذلك المادة ٩٥٨ من المجلة التي تقول : « للحاكم
أن يحجر على السفيه » .

وتقابل المادة ٨٥ من التقنين الكويتي .

(مادة ٩٩)

١ - يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه ، اذا صدر التصرف بعد
تسجيل قراء الحجر .

٢ - اما اذا صدر التصرف قبل تسجيل قراء الحجر ، فلا يكون باطلا
الا اذا كانت حالة الجنون او العته شائعة وقت التعاقد ، او كان الطرف
الآخر على بينة منها .

هذه المادة تطابق المادة ١١٤ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ٨٠٧ من التقنين العراقي التي تقول : « المعتوه هو
حكم الصغير المميز » . وكذلك المادة ١٠٨ من هذا التقنين التي تقول :

(مادة ٩٦)

١ - اذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت
نافعة نفعا محضا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا .

٢ - اما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون موقوفة
لمصلحة القاصر ، ويؤول حق التمسك بالابطال اذا اجاز القاصر التصرف
بعد بلوغه سن الرشد ، او اذا صدرت الاجازة من ولىه او من المحكمة
بحسب الاحوال وفقا للقانون .

هذه المادة تقابل المادة ١١١ من التقنين الحالى التي تقول :

« ١ - اذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت
نافعة نفعا محضا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا .

« ٢ - اما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة
للابطال لمصلحة القاصر ، ويؤول حق التمسك بالابطال اذا اجاز القاصر
التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، او اذا صدرت الاجازة من ولىه او من
المحكمة بحسب الاحوال وفقا للقانون » .

وقد عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة الأخيرة بالأخذ بفكرة العقد
الموقوف التي يقول بها الفقه الاسلامي بدلا من فكرة العقد القابل للابطال .
فيكون تصرف الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفا على اجازة
ولىه فى الحدود التي يجوز فيها التصرف ابتداء او اجازة المحكمة او
اجازته هو بعد بلوغه سن الرشد .

وسنعرض فيما بعد للاعتبارات التي تدعو الى تفضيل فكرة العقد
الموقوف التي يقول بها الفقه الاسلامي على فكرة العقد القابل للابطال
التي يأخذ بها التقنين الحالى .

والنص المقترح مستمد من الشريعة الاسلامية ، وهو يطابق فى حكمه
المادة ٩٧ فقرة أولى من التقنين العراقي ، والمادة ١١٨ فقرة أولى وثانية
من التقنين الأردني ، والمادة ٩٦٧ من المجلة ، والمادتين ٢٧٠ و ٢٧١
من مرسوم الحيران .

(مادة ٩٧)

اذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره واذن له فى تسلم امواله
لادارتها ، كانت اعمال الادارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التي
رسمها القانون .

هذه المادة تطابق المادة ١١٢ من التقنين الحالى ، مع حذف
عبارة « او تسلمها بحكم القانون » التي جاءت وفقا لما كان يقضى به
قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٩٢٥ . فقد كان هذا القانون
يحول القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة الحق فى تسلم امواله وادارتها بحكم
القانون دون حاجة الى اذن ، ما لم يمنع من التصرف . ثم جاء قانون
المحاكم الحسبية الصادر فى سنة ١٩٤٧ ومن بعده قانون الولاية على المال
الصادر فى سنة ١٩٥٢ ، فاشترط كلاهما الاذن .

وتقابل المادة ٩٨ فقرة أولى من التقنين العراقي التي تقول : « للولى
بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز اذا أكمل الخامسة عشرة
مقدارا من ماله ويأذن له فى التجارة تجربة . ويكون الاذن مطلقا أو
مقيدا » .

وتقابل المادة ١٠١ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٩٩٠ من المجلة التي تقول : « السفينة المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز، ولكن ولي السفينة العام فقط وليس لآبيه وجده وأوصيائه عليه حق ولاية » . وكذلك المادة ٩٩١ من المجلة التي تقول : « تصرفات السفينة التي تتعلق بالمعاملات القولية الواحدة بعد الحجر لا تصح ، لكن تصرفاته قبل الحجر كتصرفات ضامن الناس » .
أنظر ٢٧٣ من مرشد الحيران .

(مادة ١٠١)

- ١ - يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً ، حتى أذنته المحكمة في ذلك .
- ٢ - وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه أو غفلة ، المأذون له بتسليم أمواله صحيحة ، في الحدود التي رسمها القانون .

هذه المادة تقابل المادة ١١٦ من التقنين الحالي ، مع تعديل الفقرة الثانية بحيث يشمل حكمها المحجور عليه للغفلة أسوة بالمحجور عليه للسفه ليتسق حكمها مع حكم المادة ٦٧ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال ، وهي تنص على أنه « يجوز للمحجور عليه للسفه أو للغفلة أو بأذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها ، أو بعضها لإدارتها ، وفي هذه الحالة تسري عليه الأحكام التي تسري في شأن ناقص المأذون » .

وتتطابق في حكمها المادة ١٣٠ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

- ١ - يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنته المحكمة في ذلك .
- ٢ - وتكون أعمال الإدارة الصادرة عن المحجور عليه لسفه المأذون له بتسليم أمواله صحيحة في الحدود التي رسمتها الجهة التي أصدرت المأذون » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ١٠٩ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « تصح وصايا السفينة بثلاث ماله » . وكذلك المادة ١١٠ من هذا التقنين التي تنص على أن « ذو الغفلة حكمة حكم السفينة » .

وتقابل المواد ١٠٢ و ١٠٣ و ١٠٤ من التقنين الكويتي :

وتقابل المادة ٢٧٣ من مرشد الحيران التي تنص على أن المحجور عليه حجراً قضائياً لسفه تصح تصرفاته في وصاياه بالقرب من ثلث ماله إن كان له وارث .

(مادة ١٠٢)

- ١ - إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أصم أصم ، أو أصم أبكم ، وتوكل عليه ، ذلك المميز عن إرادته ، أو كان يغشى عن إرادته بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد ، جاز للمحكمة

« المنجئون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز ، أما المنجئون غير المطبق تصرفاته في حالة إفاقته كتصرفات العاقل » .

وتقابل المادة ١٢٨ من التقنين الأردني التي تقول : « ١ - المعتوه هو في حكم الصغير المميز ٢ - المنجئون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز أما المنجئون غير المطبق فتصرفاته في حالة إفاقته كتصرفات العاقل » .
وتقابل المواد ٩٧٨ و ٩٧٩ و ٩٨٠ من المجلة وهي تطابق نصوص التقنينين العراقي والأردني المذكورة . وتقابل المادة ٢٦٩ من مرشد الحيران .

وتقابل المواد ٨٨ و ٩٩ و ١٠٠ من التقنين الكويتي .

(مادة ١٠٠)

- ١ - يسرى على تصرف السفينة وذو الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام .
- ٢ - أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ، فلا يكون باطلاً أو موقوفاً إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

هذه المادة تقابل المادة ١١٥ من التقنين الحالي التي تقول : « (١) إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفينة بعد تسجيل قرار الحجر ، تسرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام . (٢) أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة تعديلاً لفظياً على النحو الوارد في النص المقترح .

وعدلت الفقرة الثانية من هذه المادة بالأخذ بفكرة العقد الموقوف التي يقول بها الفقه الإسلامي بدلاً من فكرة العقد القابل للإبطال .

فبعد تسجيل قرار الحجر يكون تصرف السفينة أو ذي الغفلة الدائر بين النفع والضرر موقوفاً على إجازة القيم في الحدود التي يجوز له فيها التصرف ابتداءً أو إجازة المحكمة أو إجازته هو بعد رفع الحجر . أما قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون هذا التصرف موقوفاً إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٩ فقرة أولى من التقنين العراقي التي تقول : « السفينة المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز » . ولكن ولي السفينة المحكمة أو وصيها فقط وليس لآبيه وجده ووصييهما حق لولاية عليه . أما تصرفات السفينة التي وقعت قبل الحجر عليه فهي كتصرفات غير المحجور : إلا إذا كان التصرف وقع غشاً بطريق التواطؤ مع من تصرف له السفينة توقفاً للحجر . وكذلك المادة ١١٠ من هذا التقنين التي تقول : « ذو الغفلة حكمة حكم السفينة » .

وتقابل المادة ١٢٩ من التقنين الأردني التي تقول :

- ١ - يسرى على تصرفات المحجور للغفلة أو السفينة ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام ، ولكن ولي السفينة المحكمة أو من تعينه للوصاية عليه وليس لآبيه أو جده أو وصييهما حق الولاية عليه ٢ - أما تصرفاته قبل الحجر فمعتبرة إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ » .

(مادة ١٠٣)

إذا كان طلب الحجر أو المساعدة القضائية قد سجل قبل تسجيل قرار الحجر أو المساعدة ، ترتب على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار من أحكام .

هذا نص مستحدث ، وقد قصد من إيراد أعمال حكم المادتين ١٠٢٦ و ١٠٢٨ من تقنين المرافعات ، حيث تجيز الأولى تسجيل طلبات الحجر والمساعدة القضائية ، وترتب الثانية على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار في تطبيق أحكام القانون المدني .

(مادة ١٠٤)

التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام ، تكون صحيحة في الحدود التي رسمها القانون .

هذه المادة تطابق المادة ١١٨ من التقنين الحالي .
وتطابق المادة ١٣٣ من التقنين الأردني .

(مادة ١٠٥)

يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بالزامه بالتعويض ، إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته .

وهذه المادة تطابق المادة ١١٩ من التقنين الحالي .
وتطابق في حكمها المادة ١٣٤ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ٢٠ - غير أنه إذا لجأ إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته لزمه التعويض ،

وتطابق في حكمها المادة ٩٧ من التقنين الكويتي .

(مادة ١٠٦)

١ - يكون الغلط جوهرياً ، بفوات الوصف المرغوب فيه ، إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه التعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط .

٢ - فيكون العقد موقوف النفاذ :

(أ) إذا وقع الغلط في صفة للشئ تكون جوهرياً في اعتبار التعاقد أو يجب اعتبارها كذلك لما يلبس العقد من ظروف ولما يجب في التعامل من حسن النية .

(ب) إذا وقع الغلط في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك .

٢ - فبعد تسجيل قرار المساعدة ، إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً أي تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة فيها بغير معاونة المساعد ، كان هذا التصرف موقوفاً على إجازة المساعد أو المحكمة .

هذه المادة تقابل المادة ١١٧ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك .

٢ - ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية ، فيها ، متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة .

وقد أدخل على هذه المادة الواردة في التقنين الحالي التعديلات الآتية :

أولاً - أضيف إلى الفقرة الأولى الحالة التي يخشى فيها من انفراد الشخص بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد . وذلك حتى يتسق النص المقترح مع نص المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال الذي يتناول هذه الحالة إلى جانب حالة الإصابة بعاهتين من العاهات الثلاثة المذكورة .

ثانياً - عدلت الفقرة الثانية بما يتفق مع الأخذ بفكرة العقد الموقوف التي يقول بها الفقه الإسلامي بدلاً من فكرة العقد القابل للإبطال التي يأخذ بها التقنين الحالي .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٤ من التقنين العراقي التي تنص على أنه : « إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تنصب عليه وصياً وتحدد تصرفات هذا الوصي » .

وتقابل المادة ١٣٢ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له وصياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك » .

وتقابل المواد ١٠٧ و ١٠٨ و ١٠٩ من التقنين الكويتي .

انعقاد العقد والغلط الذي يجعل العقد موقوفاً على إجازة العاقد، حيث تنص على ما يأتي :

١ - إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشار إليه فإن اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه وإن اتحد الجنس واختلف الوصف فإن كان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار إليه وبعدم وجوده إلا أنه يكون موقوفاً على إجازة العاقد .

٢ - فإذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فإذا هو زجاج بطل البيع . ولو بيع هذا الفص ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أصغر أو بيعت البقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفاً على إجازة المشتري .

وهذه المادة تطابق في حكمها المادة ٣٠١ من مرشد الحيران والمادتين ٢٠٨ و ٣١٠ من المجلة .

والمادة ١١٨ من التقنين العراقي تطابق في حكمها المادة المقترحة، حيث تنص على ما يأتي :

لاعبرة بالظن البين خطأ . فلا ينفذ العقد :

١ - إذا وقع غلط في صفة للشئ تكون جوهرية في نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد ولما ينبغي في التعامل من حسن النية .

٢ - إذا وقع غلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد .

٣ - إذا وقع غلط في أمور تبين نزاهة المعاملات للمتعاقد الذي يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد .

وفي التقنين الأردني يقابل المادة المقترحة المواد ١٥١ و ١٥٢ و ١٥٣ . فالمادة ١٥١ من هذا التقنين تنص على أنه « لا يعتبر الغلط إلا فيما تضمنته صيغة العقد أو دلت عليه الملابس وطروء الحال أو طبائع الأشياء أو العرف » .

والمادة ١٥٢ من هذا التقنين تتناول الغلط المانع من انعقاد العقد، حيث تنص على أنه « إذا وقع الغلط في ماهية العقد أو في شرط من شروط الانعقاد أو في المحل بطل العقد » .

والمادة ١٥٣ من هذا التقنين تتناول الغلط الذي يخول العاقد خيار الفسخ، حيث تنص على أن « للعاقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصفة في المحل أو ذات المتعاقد أو صفة فيه » .

ويتضح من هذه النصوص أن أحكام الغلط في التقنين العراقي والتقنين الأردني، وهما التقنينان اللذان حرصا على الأخذ من الشريعة الإسلامية، تتفق في الجملة مع ما تنص به المادة المقترحة . فالمادة ١١٨ من التقنين العراقي تطابق في حكمها المادة المقترحة . والمادة ١٥٣ من التقنين الأردني ذكرت الحالات الواردة في البندين (أ و ب) من المادة المقترحة على سبيل التمثيل .

(ج) إذا وقع الغلط في أمور تبين نزاهة المعاملات للمتعاقد الذي يتمسك بالغلط، أن يعتبرها ضرورية للعقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٢١ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي .

١ - يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط .

٢ - ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص :

(أ) إذا وقع في صفة للشئ تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلبس العقد من ظروف ولما يجب في التعامل من حسن النية .

(ب) إذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

(١) أضيف إلى الفقرة الأولى معيار الغلط الذي يقول به الفقه الإسلامي كمرادف للغلط الجوهري ، وهو فوات الوصف المرغوب فيه . وبذلك يخضع معيار الغلط للتحديد الدقيق الذي تقول به النظرية الحديثة في الغلط على النحو الوارد في هذه الفقرة .

وطبقاً لما يقول به الفقه الإسلامي ، فإن فوات الوصف المرغوب فيه قد يدل عليه الإرادة الصريحة في العقد أو الملابس وطروء الحال أو طبائع الأشياء أو العرف (انظر : الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٤٤ - ١٤١ . البدائع ج ٥ ص ١٤٠ و ٢٧٣ و ٢٧٤ و ٢٩٢ و ٣٣٥ . فتح القدير ج ٥ ص ١٥١ و ٢٠١ و ٢٠٦ . المبسوط ج ١٣ ص ١٢ و ١٣ . البحر الرائق ج ٦ ص ٤٠٥ . عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٢ ص ١١١ - ١٥٦) . وهذا ما ذكرته المادة ١٥١ من التقنين الأردني ، وهو يدخل جميعه في نطاق الدلالات التي وردت في البنود أ و ب و ج من الفقرة الثانية للنص المقترح .

(٢) صيغت العبارة الأولى من الفقرة الثانية على نحو يخالف ما جاء في نص التقنين الحالي . فعبارة هذا النص تدل على أن ما ورد ذكره بعدها هو مجرد أمثلة لحالات الغلط . بينما العبارة المقترحة يفهم منها صير حالات الغلط في البنود التالية . وقد روعي في هذه الصياغة الأخذ بفكرة العقد الموقوف .

(٣) أضيف بند ثالث (ج) للبندين الواردين في نص التقنين الحالي، وقد جاء هذا البند في نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، ولكنه حذف لأن ذكر الحالة الواردة فيه مع الحاليتين السابقتين يكاد يحيط بكل حالات الغلط فلا يصبح هناك معنى لإيراد الفقرة الثانية من النص على سبيل التمثيل ، لاسيما وأن الحالة المحذوفة مستفاد حكمها مما ورد في البند الأول .

ومع ذلك رُوِيَ إضافة هذا البند للتأكيد أن ثمة حالتين للغلط غير تلك التي وردت في البندين (أ و ب) وإنما حالة الغلط في القيمة وحالة الغلط في الباعث .

والمادة المقترحة يقابلها المادتان ١١٧ و ١١٨ من التقنين المدني العراقي . فالمادة ١١٧ من هذا التقنين تجمع بين الغلط المانع من

ولعل في وقوفنا عند فكرة الغلط الجوهرى الذى تقوم عليها النظرية الحديثة في الغلط ، وهي الفكرة التى يأخذ بها التقنين الحالى ، ما يكفل الافادة من التقدم العلمى فى عصرنا . حيث المعيار ذاتى ، فهو يقوم على تقدير المتعاقد لأمر معين يكون هو الدافع الرئيسى الى التعاقد سواء انصب الغلط على صفة جوهرية فى الشيء ، أو ذات التعاقد أو صفة فيه إذا كانت هذه أو تلك محل اعتبار ، أو قيمة الشيء أو الباعث على التعاقد . وتعتبر هذه الشمولية مرحلة تقدمية بالنسبة الى المراحل السابقة التى مرت بها فكرة الغلط . وإن كان الفقه الإسلامى لا يعرض للغلط فى القيمة إلا عن طريق الغبن ، ثم هو لا يعتد بالغبن إلا إذا صحبه تقرير أو تدمير .

فكرة الغلط الجوهرى بهذا المعنى وهذا الشمول ليست مسوى تحديدا دقيقا للمعيار الذى يأخذ به الفقه الإسلامى ، وهو فوات الوصف المرغوب فيه فى ضوء ما تدل عليه الإرادة الصريحة فى العقد أو الملابس وطروف الحال أو طبائع الأشياء أو العرف .

(مادة ١٠٧)

يكون العقد موقوف لتنفاذ لغلط فى القانون ، إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادة السابقة ، ما لم يقض القانون بغير هذا .

هذه المادة تقابل المادة ١٢٢ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون ، إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » .

وقد عدلت هذه المادة بالأخذ بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة العقد القابل للإبطال ، وإدخال تعديل لفظى فى نهاية النص .

وستعرض فيما بعد للاعتبارات التى تدعو الى تفضيل فكرة العقلة الموقوف التى يقول بها الفقه الإسلامى على فكرة العقد القابل للإبطال التى يأخذ بها التقنين الحالى .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٥٤ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « للعقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط فى القانون وتوافرت شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين (١٥١ و ١٥٢) ما لم يقض لقانون بغيره » .

(مادة ١٠٨)

لا يجوز للمتعاقد الذى وقع فى غلط أن يتمسك به إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط ، أو كان على علم ، أو كان من المفروض حتما أن يتبينه .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ١٨٢ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد ، إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه » .

وبلاحظ في هذا الصدد أن نصوص الفقه الإسلامى تتناول نوعين من الغلط :

النوع الأول : هو الغلط المانع الذى يمنع انعقاد العقد ، فيكون العقد باطلا . وذلك حين يقع الغلط فى جنس الشيء بأن يكون المعقود عليه من جنس غير الذى اعتقده أحد التعاقدين ، حيث يكون المحل معدوما ، كمن يبيع ماسا فإذا هو زجاج ، وحين يتحدد الجنس ولكن يتفاحش التفاوت فى المنفعة ، بأن يكون التفاوت بين حقيقة المعقود عليه وما أراد (المعقد فاحشا ، كمن يبيع نادرا من آجر فإذا بها من لبن .

والنوع الثانى هو الغلط الذى لا يمنع من انعقاد العقد ، فيكون العقد صحيحا نافذا ولكنه غير لازم ، حيث يكون للعقد خيار الفسخ ، إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه . وذلك حين يتحدد الجنس ولكن تتفاوت المنفعة دون تفاحش فى التفاوت ، فيقتصر الأمر على فوات وصف مرغوب فيه ، كمن يبيع ياقوتا أحمر فإذا هو أصفر ، أو يقع غلط فى ذاتية الشخص أو صفة جوهرية فيه إذا كانت هذه أو تلك محل الاعتبار (انظر المراجع التى تقدمت الإشارة إليها) .

وقد جمع التقنين العراقى فى نصوصه كما رأينا بين الغلط المانع من انعقاد العقد ، والغلط الذى لا يمنع من وجود العقد ولكن يجعله موقوتا على أجازة التعاقد . فجاءت المادة ١١٧ منه فى هذا المعنى مطابقة فى حكمها لما تنص عليه المادة ٣٠١ من مرشد الحيران والمادتين ٢٠٨ و ٢١٠ من المجلة مع أخذه بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة خيار الفسخ . ولكنه مع ذلك أراد التوفيق ما بين أحكام الفقه الإسلامى وأحكام التقنين المصرى الحالى ، فأخذ الى جانب هذه النصوص بالنظرية الحديثة فى الغلط التى تقوم على فكرة الغلط الجوهرى كما هو واضح من النصوص السابقة الذكر .

أما التقنين المدنى الأردنى فقد جمع فى نصوصه بين الغلط المانع الذى يجعل العقد باطلا والغلط الذى لا يمنع من وقوع العقد صحيحا ولكن يكون للعقد فيه خيار الفسخ ، دون أن يشير صراحة الى فكرة الغلط الجوهرى .

وجدير بالذكر أن التركيز فى هذا البيان على التقنين العراقى والتقنين الأردنى إنما يرجع الى أنهما التقنينان العربيان اللذان أخذتا من الشريعة الإسلامية بقدر وفير . أما التقنينات العربية الأخرى ، كالتقنين المدنى السوري والتقنين المدنى الليبى ، فنصوصها مطابقة للتقنين المصرى .

وقد روى فى النصوص المقترحة فى موضوع الغلط ، وهى تطابق فى الجملة التقنين الحالى ، استبعاد النص على الغلط المانع ، لأنه ينصب على طبيعة العقد أو على ركن فيه . وهذا النوع من الغلط يعدم الإرادة . فحقيقته أن توافق الإرادتين لم يتم فى شأن ركن من أركان العقد ، فيكون ركن التراضي غير موجود ، ومن ثم يقع العقد باطلا .

فنحن فى هذا المقام بصدد غلط يعيب الإرادة ولا يمس وجودها ، فلا يمنع من وجود العقد صحيحا ، وإنما يكون من شأنه فحسب أن يجعل العقد موقوتا على أجازة التعاقد .

١ - يجوز ابطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التي لجأ اليها أحد المتعاقدين ، أو نائب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد .

٢ - ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملائمة ، اذا ثبت أن الدليس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملائمة .

وقد أدخلت على الفقرة الأولى من هذه المادة تعديلات ثلاثة : الأول ذكر عبارة « يكون العقد موقوف النفاذ » في صدر الفقرة أخذاً بفكرة العقد الموقوف . والثاني إضافة عبارة « سواء أكان قولياً أم فعلياً » بعد لفظ « للتدليس » محاكاة للفقهاء الاسلامي الذي يقسم التدليس الى تدليس فعلي وتدليس قولي . والثالث ابدال لفظ « الآخر » في نهاية الفقرة بلفظ « الثاني » .

والمادة المقترحة يقابلها في التقنين العراقي المادتان ١٢١ و ١٢٢ فالمادة ١٢١ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - اذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في العقد غشاً فاحشاً كان العقد موقوفاً على اجازة العاقد المغبون . فاذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى الغرير لوارثه .

٢ - ويعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المراجعة والتولية والاشراك الوضعية .

والمادة ١٢٢ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« يرجع العاقد المغرور بالتعويض اذا لم يصبه الا غبن يسير أو اصابه غبن فاحش وكان التغرير لا يعلم به العاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به أو كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه عيب أو تغير جوهرى ويكون العقد نافذاً في جميع هذه الأحوال » .

ويقابل المادة المقترحة في التقنين الاردني المواد ١٤٣ و ١٤٤ و ١٤٥ و ١٥٠

فالمادة ١٤٣ من هذا التقنين تطابق في حكمها الفقرة الأولى من المادة المقترحة ، حيث تنص على أن « التغرير هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها » .

والمادة ١٤٤ من هذا التقنين تطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة المقترحة ، حيث تنص على أنه « يعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملائمة تغريراً اذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملائمة » .

والمادة ١٤٥ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا غرر أحد العاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد » .

والمادة ١٥٠ من هذا التقنين تنص على أنه « يسقط الحق في الفسخ بالتغريير والغبن الفاحش ويلزم العقد بموت من له الحق في الفسخ وبالتصرف في العقود عليه كله أو بعضه تصرفاً يتضمن الاجازة وبهلاكه عنده واستهلاكه وتعيبه وزيادته » .

وقد أدخل على هذه المادة تعديل لفظي في صدرها . كما استبدلت في نهايتها عبارة « أو كان من المفروض حتماً أن يتبينه » بعبارة « أو كان من السهل عليه أن يتبينه » ، إذ ليس هناك ما يبرر اختلاف هذه العبارة عن مثيلتها في خصوص التدليس والاكرام . ويظهر أن سبب اختلاف العبارة أن لجنة مجلس الشيوخ حينما عدلت نص التدليس والاكرام في مشروع التقنين الحالي سها عليها أن تجري التعديل ذاته في النص الخاص بالغلط ، مع أنه لا يوجد ما يبرر التشدد في استخلاص العلم في التدليس والاكرام عنه في الغلط ، بل العكس هو الأول .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ١١٩ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها ١/١٤٧ من التقنين الكويتي .

(مادة ١٠٩)

١ - ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية .

٢ - ويبقى بالآخر ملزماً بالعقد الذي قصد ابرامه ، اذا اظهر الأطراف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد .

هذه المادة تطابق المادة ١٢٤ من التقنين الحالي ، والمادة ١٥٦ من التقنين الاردني .

وتقابل المادة ١٤٩ من التقنين الكويتي .

(مادة ١١٠)

لا يؤثر في نفاذ العقد مجرد الغلط في الحساب أو الكتابة ، ولكن يجب تصحيح هذا الغلط .

هذه المادة تقابل المادة ١٢٣ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ، ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط » .

وقد عدلت هذه المادة بما يتفق مع فكرة العقد الموقوف ، وذلك باستبدال كلمة « نفاذ » بعبارة « صحة العقد » . كما عدلت تعديلاً لفظياً باستبدال عبارة « أو الكتابة » بعبارة « ولا غلطات القلم » . كما تستوعب العبارة المقترحة كل صور الغلط المادي ، وأضيفت كلمة « هذا » قبل كلمة « الغلط » الواردة في نهاية النص .

والمادة المقترحة تطابق المادة ١٢٠ من التقنين العراقي ، والمادة ١٥٥ من التقنين الاردني . وتقابل المادة ١٥٠ من التقنين الكويتي .

(مادة ١١١)

١ - يكون العقد موقوف النفاذ للتدليس ، سواء أكان قولياً أم فعلياً ، اذا كانت الحيل التي لجأ اليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الآخر العقد .

٢ - ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملائمة ، اذا ثبت أن الدليس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملائمة .

هذه المادة تقابل المادة ١٢٥ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

ويتناول الفقه الاسلامي ايضا التقرير الصادر من الغير ، ما دام هذا الغير متواطئا مع العاقد الذي يفيد من التدليس . من ذلك الناجش ، وهو رجل يتواطى مع صاحب سلعة يبيعها بالمراد ليغاني في سلعه حتى يبلغها أكثر من قيمتها . ومن ذلك أيضا التدليس الصادر من الدلال . وقد نصت المادة ٥٣٢ من مرشد الحيران على أنه « لارد في غبن فاحش في البيع الا اذا غر أحد المتبايعين الآخر أو غرة الدلال »

ويتضح من هذا العرض أن الفقه الاسلامي في احاطته بالنواحي المختلفة التي يثيرها موضوع التدليس قد وصل الى مدى يداني ما وصل اليه فقه القانون الحديث . غير أن هناك اختلافا بين الفقهين في خصوص معيار التدليس . ففقه القانون الحديث يقف عند معيار اوحده للتدليس ، هو المعيار الذاتي الذي مقتضاه أن يكون التدليس هو الدافع الى التعاقد . بينما يقرن الفقه الاسلامي بهذا المعيار الذاتي معيارا موضوعيا . هو أن يقترن بالتدليس غبن . وصحيح أن الغبن قد يتحقق في طريقين من طرق التدليس . ولكن التدليس قد يوجد وحده دون غبن فيدفع العاقد الى تعاقد لا مصلحة له فيه وما كان ليقدم عليه لولا الحيلة التي استعملت معه لدفعه الى التعاقد . ولهذا يعتبر التدليس في حد ذاته فعلا ضارا يخول الحق في المطالبة بالتعويض فضلا عن طلب ابطال العقد . ومن ثم فلاقتصر على المعيار الذاتي في هذا الخصوص من شأنه أن يوفر حماية أكبر للمتعاقد المدلس عليه ، ولهذا روى الوقوف في النصوص المقترحة عند المعيار الذاتي وحده ، وهو ما يأخذ به التقنين الحالي .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المواد ١٥١ و ١٥٢ و ١/١٥٣ من التقنين الكويتي ، وذلك فيما عدا أن هذا التقنين يأخذ بفكرة العقد النابل للإبطال .

(مادة ١١٢)

إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد ، ما لم يثبت المتعاقد المدلس عليه أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس .

هذه المادة تطابق المادة ١٢٦ من التقنين الحالي ، مع تعديل هذه الأخيرة بما يفيد توقف العقد بدلا من اعتباره قابلا للإبطال ، حيث تنص على أنه « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب الإبطال ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان

من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس . »

وتطابق في حكمها المادة ١٢٢ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا صدر التقرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد الا اذا ثبت للمتعاقد المغبون أن العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التقرير وقت إبرام العقد . »

وتقابل المادة ١٤٨ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « إذا صدر التقرير من غير المتعاقدين وأثبت المغرور أو المتعاقد الآخر كان يعلم بالتقرير وقت العقد جاز له فسخه . »

وتقابل المادة ٢/١٥٣ من التقنين الكويتي .

ويستعمل الفقه الاسلامي في هذا الصدد لفظ « التقرير » ، ويستعمل في بعض المواطن لفظ « التدليس » . ولكنه لا يعتد بالتدليس الا اذا اقترن به غبن . وفي هذا المعنى نصت المادة ٣٥٦ من المجلة على أنه « اذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تقرير فليس للمغبون أن يفسخ البيع . » ونصت المادة ٢٥٧ على أنه « اذا غر أحد المتبايعين الآخر وتحقق أن في البيع غبنا فاحشا فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ . » ونصت المادة ٣٠٠ من مرشد الحيران على أن « الغبن الفاحش لا يفسد العقد ولا يوجب حق فسخه للمغبون الا اذا كان فيه تقرير . » (انظر كذلك المادة ١٢١ / ١ عراقي والمادة ١٤٥ اردني السالف ذكرهما) .

ويحيط الفقه الاسلامي احاطة تامة بجميع النواحي التي يثيرها موضوع التدليس .

فهو يتناول التقرير باستعمال طرق احتيالية . ومن أمثلة ذلك تصرية الأبل والبقر والغنم لينتفع ضرعها فيتوهم المشتري أنها كثرة اللبن ، وحبس ماء القنصة وماء الرحي المرسل كل منهما عند البيع أو الاجارة كي يتوهم المشتري والمستاجر كثرة (انظر : ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٩ . نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي ج ٤ ص ٧٣ و ٧٤ . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ١٦١ - ١٦٦) .

ويتناول التقرير عن طريق الكذب ، من ذلك يعتبر مجرّد الكذب خديعة وتغريرا في عقود الأمانة التي يقال لها بياغات الأمانة . حيث يطعن المشتري الى امانه البائع فيشتري منه على أساس الثمن الذي اشترى به السلعة . فاذا بيعت السلعة على أن يزداد قدر معلوم من الربح الى الثمن الأصلي سمي البيع مرابحة . واذا بيعت على أن ينقص قدر معلوم من هذا الثمن سمي البيع وضيع . واذا بيعت بثمنها الأصلي سمي البيع تولية الثمن . اذا أخذ المشتري كل السلعة ، وسعى اشتراكا اذا أخذ المشتري جزءا منها . ففي هذه العقود اذا كذب البائع في بيان الثمن الأصلي كان هذا الكذب خيانة وتغريرا (م ٢/١٢١ عراقي . البدائع ج ٥ ص ٢٢٣ . المدونة ج ١٠ ص ٥٩ - ٦٢ . المهذب ج ١ ص ٢٨٨ - ٢٩٠) . ومن أمثلة عقود الأمانة في العصر الحاضر عقود التأمين ، حيث لا يجوز للمؤمن عليه أن يكذب في بيان يعطيه للشركة أو أن يكتسب أمرا له تأثير في التعاقد (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ١٦٦ - ١٧٤) . ومن هذا القبيل أيضا في الفقه الاسلامي بيع الاسترسال والاستثمان ، حيث يبين العاقد أن لادارية له بسعر السوق فيستأن المتعامل معه ويسترسل الى نصحه ويطلب اليه أن يبيع منه أو يشتري بما تبيغ الناس أو تشتري به . فاذا كذب عليه المتعامل معه فان هذا الكذب يعتبر غشا وتدليسا يوجب للعاقد المغبون خيار الرد (الخطاب ج ٤ ص ٤٧٠ . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ١٧٥ وما بعدها) .

كذلك يتناول الفقه الاسلامي التقرير عن طريق الكتمان . من ذلك انه في بياغات الأمانة لا يجوز للبائع مرابحة أن يقتصر على ذكر الثمن الأصلي ويكتسب بياغا من شأنه أن يؤثر في قيمة المبيع ، كما لو اشترى نسيئة ويبيع نقدا ، حيث يعتبر هذا الكتمان خيانة وتدليسا . ومن هذا القبيل أيضا أن يعمد البائع الى اخفاء عيب في المبيع بأن يكتبه عن المشتري .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقول به الفقه الاسلامي كما هو واضح من البيان السالف الذكر .

(مادة ١١٢)

١ - يكون العقد موقوف النفاذ للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس .

٢ - وتكون الرهبة قائمة على أساس اذا كانت ظروف الحال وقت التعاقد تصور للطرف الذي يدعيها أن المكروه قادر على ايقاع ما يهدد به وأن خطراً جسيماً يهدده في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

٣ - والتهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الأولاد أو الزوج أو ذي رحم محرم يعتبر اكراهاً .

عند المادة تقابل المادة ١٢٧ فقرة أولى وثانية من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - يجوز ابطال العقد للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس .

٢ - وتكون الرهبة قائمة على أساس اذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

أولاً - استبدل بعبارة « يجوز ابطال العقد » في صدر الفقرة الأولى عبارة « يكون العقد موقوف النفاذ » . وذلك للأخذ بفكرة العقد الموقوف التي يقول بها الفقه الاسلامي بدلاً من فكرة العقد القابل للإبطال التي يأخذ بها التقنين الحالي .

ثانياً - أضيفت في الفقرة الثانية ما يفيد تصور الطرف المكروه أن من صدر منه الاكراه قادر على تحقيق ما يهدد به .

وهذه الفكرة تعتبر شرطاً مستقلاً لكي يكون الاكراه معتبراً في الفقه الاسلامي . فهذا الفقه لا يقتصر على المعيار الذاتي أو النفسي الذي يقول به الفقه الحديث ويأخذ به التقنين الحالي ، وهو أن يبعث الاكراه رهبة في نفس المتعاقد تحمله على التعاقد حيث يغلب على ظنه وقوع ما هدد به ، بل يقرن هذا المعيار النفسي بمعيار مادي هو أن يكون من صدر منه الاكراه قادراً على ايقاع ما هدد به . وقد نصت المادة ١٠٠٣ من المجلد على المعيار المادي فقالت : « يشترط أن يكون المجرى مقتدراً على ايقاع تهديده ، بناء عليه من لم يكن مقتدراً على ايقاع تهديده واجرائه لا يعتبر اكراهه » . ونصت المادة ١٠٠٤ من المجلد على المعيار النفسي فقالت : « يشترط خوف المكروه من وقوع المكروه به ، يعني يشترط حصول ظن غالب للمكروه بإجراء المجرى المكروه به أن لم يفعل المكروه عليه » . ونصت المادة ٢٨٩ من مرشد الجيران على هذين المعيارين فقالت : « يشترط لاعتبار الاكراه المعلوم للرضا أن يكون المكروه قادراً على ايقاع ما هدد به ، وأن يخاف المكروه وقوع ما صار تهديده به في الحال بأن يغلب على ظنه وقوع المكروه به أن يفعل الأمر المكروه عليه فإن كان المجرى غير قادر على ايقاع ما هدد به فلا يكون الاكراه معتبراً » .

(انظر أيضاً في هذا المعنى : المبسوط ج ٢٤ ص ٢٩ ، الهدايع ج ٧ ص ١٧٦ . عيد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ٢١٧ - ٢١٩) .

وقد سار التقنين العراقي والتقنين الأردني على هذا النهج . فنصت المادة ١١٢ من التقنين العراقي على أنه « يجب لاعتبار الاكراه أن يكون المكروه قادراً على ايقاع تهديده ، وأن يخاف المكروه وقوع ما هدد به بأن يغلب على ظنه وقوع المكروه به أن لم يفعل الأمر المكروه عليه » . ونصت المادة ١٤٠ من التقنين الأردني على أنه « يشترط أن يكون المكروه قادراً على ايقاع ما يهدد به وأن يغلب على ظن المكروه وقوع الاكراه عاجلاً أن لم يفعل ما أكره عليه » .

ولكن روى في النص المقترح أن يكون المعيار المادي مستبعداً من تصور المكروه قدرة من صدر منه الاكراه على تحقيق ما يهدد به . فقد يكون هذا الأخير غير قادر على تحقيق وعيده ، ومع ذلك يتحقق الاكراه ما دام يتوفر لدى المكروه هذا التصور الذي تدعمه ظروف الحال .

ثالثاً - أضيفت في الفقرة الثالثة ما يفيد توافر الرهبة وقت التعاقد ، مع حذف وصف الخطر الجسيم بأنه محقق .

ذلك أن الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ من التقنين الحالي السابق ذكرها تشترط في الخطر الجسيم الذي يتصوره المكروه أن يكون محققاً . وكان نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالي يشترط في هذا الخطر أو يكون حالاً . وعبرت المذكرة الإيضاحية لذلك التقنين عن هذا الشرط بقولها أن الخطر يجب أن يكون وشيك الحلول (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٨٠) .

ولكن الرأي في الفقه المعاصر ، وهو أيضاً رأى الفقه الاسلامي (انظر المبسوط ج ٢٤ ص ٥٠ ، كاشف الغطاء ج ٣ ص ١٧٧ - ١٧٨ ، عيد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ٢٠٧ و ٢٠٨) . وقارن المادة ١٠٠٥ من المجلد والمادة ٢٩٠ من مرشد الجيران) ، أن الذي يعتد به ليس كون الخطر حالاً أو مستقبلاً وإنما تأثير الإرادة أو عدم تأثيرها بالتهديد الموجه إلى المكروه . فالخوف من الخطر هو الذي يجب أن يكون حالاً ، فقد يكون الخطر مستقبلاً ومع ذلك يولد رهبة في الحال تدفع إلى التعاقد ، حيث يتوقف الأمر قبل كل شيء على حالة المتعاقد النفسية . ومن ثم يكون المعول عليه هو أن تكون الرهبة حادثة في نفس المكروه وقت التعاقد ، وتستوى بعد ذلك أن يكون الخطر حالاً أو غير حال . وهذا هو المعنى الذي روعي في صياغة النص المقترح .

رابعاً - أضيفت فقرة ثالثة تفيد توفر الاكراه عند التهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الأولاد أو الزوج أو ذي رحم محرم بدلاً من إطلاق لفظ الغير الذي جاء في التقنين الحالي . وذلك أخذاً بما يقول به الفقه الاسلامي في تحديد أشخاص هذا الغير ، حيث يعتبر اكراهاً كل خطر جسيم يهدد الأب أو الابن أو الزوج أو ذا الرحم المحرم (المبسوط ج ٣٤ ص ١٤٣ - ١٤٤ م ٢٨٧ من مرشد الجيران) .

وعلى هذا النهج سار التقنين العراقي والتقنين الأردني . فنصت المادة ١١٢ فقرة ٣ من التقنين العراقي على أن « التهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذي رحم محرم والتهديد بخطر يخشى الشرف يعتبر اكراهاً ويكون ملجئاً أو غير ملجئ بحسب الأحوال » . ونصت المادة ١٢٧ من التقنين الأردني على أن « التهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الأولاد أو ذي رحم محرم والتهديد بخطر يخشى الشرف يعتبر اكراهاً ، ويكون ملجئاً أو غير ملجئ بحسب الأحوال » .

(مادة ١١٤)

يراعى في تقدير الاكراه اختلاف الأشخاص بحسب الجنس والسن ودرجة التأثير ومستوى الثقافة وحالته الاجتماعية والصحية وغير ذلك من الظروف التي يكون من شأنها أن تؤثر في جسامه الاكراه .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ٣/١٢٧ من التقنين الحالي التي تجرى على النحو التالي : « يراعى في تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامه الاكراه » .

وتطابق في حكمها المادة ١١٤ من التقنين العراقي ، والمادة ١٣٩ من لتقنين الأردني ، والمادة ٣/١٥٦ من التقنين الكويتي ، والمادة ٢٨٨ من مرشد الحيراو (انظر : المبسوط ج ٢٤ ص ٦٨٥٠ و ص ١٥١ - ١٥٤ . وانظر عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ٢٠٣ وما بعدها) .

(مادة ١١٥)

إذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين ، فلا يتوقف العقد ، مالم يثبت المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الاكراه .

هذه المادة تقابل ١٢٨ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « إذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الاكراه » .

وقد عدلت مادة التقنين الحالي بما يفيد توقف العقد بدلا من اعتباره قابلا للإبطال ، كما أدخل عليها تعديل لفظي على النحو الوارد في النص المقترح .

والفقه الاسلامي يعتد بالاكراه الواقع من غير المتعاقدين (انظر الخاتبة ج ٣ ص ٤٨٥ و ٤٨٦) ، ولكن يبدو أنه لا يشترط أن يكون المتعاقد المستفيد من الاكراه متواطئا مع الغير الذي وقع منه الاكراه . أو علما بما وقع من الاكراه أو مستطيعا أن يعلمه (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ٢٢١ وما بعدها) .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ١٥٧ / ٢ من التقنين الكويتي .

وقد كانت الفقرة الثالثة من المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالي تنص على أنه « إذا أبرم شخص عقدا للخلاص من خطر جسيم حال ، يهدده هو أو أحد أقاربه ، فلا يعتبر هذا العقد قابلا للإبطال بسبب الاكراه ، إذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل الطرف المهدد » .

وهذا النص يواجه الاكراه في حالة الضرورة . ويراد به أن ظروفها تنهيا مصادفة فيستغلها المتعاقد للضغط على ارادة الطرف الآخر وحمله على التعاقد . مثل ذلك أن تشرف سفينة على الفرق فتقدم أخرى لانتقاذها ، ويشترط قائد هذه الأخيرة قبل الانتقاذ التعاقد بمبلغ كبير في مقابل عملية الانتقاذ . أو يتقدم شخص لانتقاذ آخر من غرق أو حريق أو قتل فيطلب منه التعاقد بمبلغ باعظ مقابل ذلك . أو يطلب طبيب متخصص في نوع خطير من العمليات الجراحية أجرا فاحشا من مريض يخشى على نفسه الهلاك إذا لم تجر له هذه العملية .

والرأي في الفقه المعاصر أنه في التقنينات التي تحدد أشخاص الضير في هذا الصدد ، كالتقنين الفرنسي (م ١١١٣ مدني) والتقنين اللبناني (م ١/٢١٠ موجبات عقود) والتقنين العراقي (م ٣/١١٢ مدني) والتقنين الأردني (م ١٢٧ مدني) ، لا يعتبر هؤلاء الأشخاص مذكورين على سبيل الحصر ، غاية الأمر أن الخطر إذا كان يهدد واحدا من هؤلاء قامت قرينة على أن الاكراه متحقق ، وإذا هدد غير هؤلاء وجب اثبات أن الخطر الذي يهدده اثر في نفس المتعاقد الى حد الاكراه .

هذا ، وقد ظفر الاكراه في الفقه الاسلامي بمعنى لم يظفر بها أي عيب آخر من عيوب الارادة . حتى أن المذهبين الحنفي والشافعي جعلوا الجزء عيبا أشد من الجزء على عيوب الارادة الأخرى . فالغلط والتدليس بجعلان العقد غير لازم ، فيكون للعقد الخيار في امضاء العقد أو فسخه . أما في الاكراه فالمذهب الحنفي يتردد بين فساد العقد وتوقفه ، وكلاهما أشد من عدم اللزم . والمذهب الشافعي يجعل جزء الاكراه البطلان . أما المذهب المالكي فيجعل تصرف المكره غير لازم .

والاكراه في الفقه الاسلامي هو حمل الضير على ما لا يرضاه . ذلك أن الارادة في الفقه الاسلامي تتكون من عنصرين ، هما الاختيار والرضاء . والاكراه على نوعين : اكراه ملجئ وهو الاكراه الذي يهدد بفوات النفس أو العضو ، واكراه غير ملجئ وهو الاكراه بما دون ذلك كالجنس أو القيد أو الضرب . وكل منهما يعلم الرضاء . ويفرق بينهما أن الاكراه الملجئ يفسد الاختيار ، فيؤثر في التصرفات انقولية والتصرفات الفعلية ، أي في التصرفات القانونية والسوابع المسادية ، فيفسد الأولى ويصلح عنرا يعنى من المسؤولية عن الثانية . أما الاكراه غير الملجئ فلا يفسد الاختيار ، ومن ثم يؤثر في التصرفات القولية دون التصرفات الفعلية . فسواء كان الاكراه مجلأ أو غير ملجئ فانه يكون معتبرا في التصرفات القانونية باعتباره ميبا من عيوب الارادة .

وقد وردت هذه التفرقة بين نوعي الاكراه في المادة ١٠٠٧ من المجلة والمادة ٢٨٦ من مرشد الحيران .

كما وردت هذه التفرقة في المادة ٢/١١٢ من التقنين العراقي والمادتين ١٣٦ ، ١٣٨ من التقنين الأردني .

ومع ذلك فان حكم الاكراه في التصرفات القانونية لا يختلف بحسب ما إذا كان مجلأ أم غير ملجئ . ولهذا نصت المادة ١١٥ من التقنين العراقي على أن « من اكراه اكراها معتبرا بأحد نوعي الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده » . ونصت المادة ١٤١ من التقنين الأردني على أن « من اكراه بأحد نوعي الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو أجازة المكره أو ورثته بعد زوال الاكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحا » .

لهذا رأى عدم ذكر هذه التفرقة بين نوعي الاكراه في النص المقترح ، لما دام أن حكم النوعين واحد في التصرفات القانونية .

(انظر عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ١٩٨ - ٢٣٥ . وانظر المواد ٩٤٨ و ٩٤٩ و ١٠٠٣ - ١٠٠٦ من المجلة والمواد ٢٨٥ - ٢٩٩ من مرشد الحيران) .

والنص المقترح يقابل المادة ١١٣ من التقنين العراقي ، والمادة ١٤٠ من التقنين الأردني . وقد تقدم ذكر هذين النصين .

ويقابل المادة ١٥٦ / ١ و ٢ من التقنين الكويتي .

١٥ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون قد استغل طيشه أو حاجته أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه ، أو تبين بوجه عام أن رضائه لم يصدر عن اختيار كاف ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد ، ويسرى هذا الحكم ولو كان التصرف الذي صدر من الطرف المغبون تبرعا .

٢ - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن .

ثم عدلت هذه المادة في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ الى ما هي عليه الآن . حيث رأت اللجنة عدم التوسع الى الحد الذي ورد في المشروع على غرار نظيره في أكثر التقنينات الحديثة ، ومنها التقنين الألماني والسويسري والبولوني واللبناني والمشروع الفرنسي الإيطالي (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٨٩ - ٢٠٣) .

والواقع أن نص التقنين الحالي منتقد من ناحيتين : الأولى أنه يقصر عن مواجهة حالات استطاع القضاء فيها أن يكفل الحماية للطرف المغبون إذا أبرم التصرف وهو مسلوب الإرادة ، دون أن يكون ذلك راجعا الى طيش أو هوى ، وهي الحالات التي لجأ فيها القضاء الى نظرية الاستهواء والتسلط على الإرادة . مثل ذلك أن قضى بإبطال عقد بيع لفساد رضا البائع بسبب كونه متقدما في السن ومصابا بأمراض مستعصية من شأنها أن تضعف ارادته فيصير سهل الانقياد خصوصا لاولاده المقيمين معه الذين صدر العقد لهم (نقص مدني في ٢ يناير ١٩٤١ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٣ ص ٢٢٦ رقم ١٨٩ . انظر كذلك نقض مدني في ٢٩ ابريل ١٩٤٣ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٤ ص ١٥٢ رقم ٥٥) . كما قضى بعدم التزام ورثة المتوفى بما تعهد به في سند صدر منه وهو في حالة مرضية تهدد حياته بالخطر مما جعله يفكر في الانتحار فضلا عن كونه في حالة عقلية تجعله مسلوب الإرادة (استئناف مصر في ٣١ مايو ١٩٣٣ ، المحاماه ١٤ - ١٦٧ - ٨٦) .

والناحية الثانية انه لا يتفق مع الزعة السائدة في العصر الحاضر ، وهي تأبي استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر ، أيا كان سببها . فهناك نواح عديدة للضعف يمكن أن تكون محل استغلال ، ولاوجه لان نحرّم الاستغلال في ناحية ونتركه في ناحية أخرى ، فهذا مسلك لا نجده في أى من التشريعات الحديثة التي أخذت بنظرية الاستغلال ، كما أنه يضيق من نطاق الحكم الى حد يقعد به عن أن يحقق الغاية التي ترجى منه على الوجه الأكمل .

ويلاحظ في النص المقترح ما يأتي :

أولا - أنه توسع في حالات الضعف التي يمكن أن تكون محل استغلال ، على غرار مجاء في التشريعات الأجنبية الحديثة ، حتى يحقق الغاية التي ترجى منه على الوجه الأكمل .

ثانيا - أنه ، وإن جعل العقد موقوفا ، الا أنه أبقى على الجزاء الذي ينص عليه التقنين الحالي ، وهو إبطال العقد وانقاص التزامات المتعاقد المغبون .

ويفرق النص بين ما إذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد استغلال الظروف التي تهيأت مصادفة للضغط على ارادة المتعاقد المكره ، وما إذا كان سوء النية وأراد استغلال هذه الظروف . فلا يجوز إبطال العقد في الحالة الأولى ، ويجوز هذا الإبطال في الحالة الثانية .

ويتفق الرأي في الفقه مع التفرقة التي يقول بها النص . فهو يرى أن الإكراه يتحقق في حالة الضرورة إذا كان الطرف الآخر سوء النية واستغل الظروف التي تهيأت مصادفة للضغط على ارادة المتعاقد بقية الحصول على مغنم فاحش .

كما ان مذهب مالك في الفقه الاسلامي يعتد بالإكراه في هذه الحالة (الخطاب ج ٤ ص ٢٤٨ - ٢٥٠ - المواق ج ٤ ص ٢٤٩ . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ٢٢١) .

ولكن مع ذلك رأى عدم إيراد مثل هذا النص لأن حالة الضرورة تدخل في نطاق الاستغلال على اعتبار أنها تنطوي على استغلال حاجة المتعاقد ، إذ أن معنى الحاجة لا يقتصر على الحاجة المادية ، بل يشمل كذلك صورها الأخرى .

(مادة ١١٦)

١ - يكون العقد موقوف النفاذ إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل ، بدرجة غير مالوفة ، مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون أم يبرم العقد الا لان المتعاقد الآخر قد استغل حاجته أو طيشه أو هواء أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه ، أو تبين بوجه عام أن رضائه لم يصدر عن اختيار كاف . ويجوز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد .

٢ - ويسرى هذا الحكم إذا كان التصرف تبرعا ، وكانت التزامات الطرف المغبون لا تتناسب البتة مع مقدار ثروته أو مع ما يؤلف التبرع به في مثل ظروفه .

٣ - ويجوز في جميع الأحوال أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن .

هذه المادة تقابل المادة ١٢٩ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لان المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد .

٢ - ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، والا كانت غير مقبولة .

٣ - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن .

وقد كانت هذه المادة في مشروع هذا التقنين بعد أن عدلت في لجنة المراجعة تجرى على النحو الآتي :

(مادة ١١٧)

يراعى في تطبيق المادة السابقة عدم الاختلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود .

هذه المادة تطابق المادة ١٣٠ من التقنين الحالي .

(٢) المحل

(مادة ١١٨)

- ١ - يجب أن يكون محل العقد جائزا شرعا ، والا كان العقد باطلا .
- ٢ - ولا يجوز التعامل في تركة انسان على قيد الحياة ، ولو كان ذلك برضاه ، الا في الأحوال التي نص عليها القانون .

اختلف الفقهاء في تحديد ماهية المحل . فمنهم من يعتبره ركنا في الالتزام . ومنهم من يعتبره من عناصر الإرادة . وهذا الرأي الأخير رغم صحته لا يفصل في الخلاف ، لأن المحل أيا كان وضعه يعتبر من عناصر الإرادة ، إذ الإرادة المعتبرة قانونا هي التي تتجه الى التعاقد وهي على بينة من المحل . والصحيح ما يراه فريق من أن للالتزام محلا وللعقد محل آخر ، فكل من المحلين يتميز عن الآخر . ويظهر هذا التمييز فيما نصت عليه المادة ١٨٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني اذ تقول : « الموضوع الحقيقي لكل عقد هو انشاء الموجبات ، على أن هذا الغرض لا ينال الا اذا كان للموجبات نفسها مواضع توافرت فيها بعض الصفات » . حيث يتضح من هذا النص ان الشارع اللبناني يفرق بحق بين محل الالتزام بمحل العقد .

فمحل الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين ان يقوم به لصالح الدائن . وهو اما اعطاء شيء أو عمل غير الاعطاء أو امتناع عن عمل .

أما محل العقد فهو العملية القانونية المقصودة من العقد . واذا كان أثر العقد هو انشاء التزامات ، فان هذه الالتزامات ترمى في مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد وبهذا يتميز محل العقد عن محل الالتزام ، كما يخضع كل منهما لأحكام غير التي يخضع لها الآخر .

وأية ذلك أن محل الالتزام قد يكون صحيحا في ذاته ولكن العقد يقع باطلا ، لأن العملية القانونية المقصودة منه يحرمها القانون كما في تحريم التعامل في تركة مستقبلية لشخص على قيد الحياة وكما في تحريم التعامل في الحق المتنازع فيه بالنسبة الى القضاء وأعضاء النيابة اذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون اعمالهم في دائرتها .

ولا يتطلب القانون في محل العقد الا شرطا واحدا . هو أن يكون مشروعاً أي لا يخالف النظام العام والآداب .

والفقرة الاولى من المادة المقترحة نص مستحدث .

أما الفقرة الثانية فتطابق المادة ٢/١٣١ من التقنين الحالي والمادة ٢/١٢٩ من التقنين العراقي والمادة ٢/١٦٠ من التقنين الأردني والمادة ١٦٩ من التقنين الكويتي .

وسند حكمها في الفقه الاسلامي ان النهي عن بيع المدوم في هذا الفقه انما هو للغرر لا لعدم . ومن ثم يكون التعامل في التركة المستقبلية باطلا لما يقع فيه من الغبن والضرر (انظر ابن القيم في اعلام الموقعين ج أول ص ٣٥٧ - ٣٦١ . عبد الرزاق السنهوري ،

ثالثا - انه افرد فقرة للتبرعات . واقتضى هذا ان يتحدد الميعاد الذي يهتدى به القاضى في تقدير مدى الغبن . ذلك انه في المعاوضات يتمثل العنصر المسمى في الاستغلال في اختلال التعادل بين الاداءات المتقابلة . أما في التبرعات فلا محل للقول ان هناك اختلالا في التعادل ، اذ لا تعادل اصلا ، فهو معدوم لأن العاقد لا يأخذ مقابل لما يعطى . ولذلك فان تقدير العنصر المسمى فيها ينظر فيه الى مقدار التبرع بالنسبة الى ثروة المتصرف وكذلك بالنسبة الى ما يؤلف التبرع به في مثل الظروف التي وجد فيها المتصرف .

رابعا - انه عمم الحكم في حالة ما اذا اراد الطرف الآخر أن يتوقى الابطال فيعرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن . فلم يجعله قاصرا على عقود المعاوضة كما هو الحكم في نص التقنين الحالي . بل جعله عاملا ايضا للتبرعات .

خامسا - انه قد اغفلت فيه الفقرة الثانية من النص الحالي التي توجب ان ترفع دعوى الاستغلال خلال سنة من تاريخ العقد ، اذ لا وجه للتفريق فيما يتعلق بحكم تقادم الدعوى بين الاستغلال وغيره من عيوب الإرادة .

والمادة المقترحة تقابلها المادة ١٢٥ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « اذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه فلحقه من تعاقدته غبن فاحش ، جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول فاذا كان المتصرف الذي صدر منه تبرعا جاز له في هذه المدة أن ينقضة » .

وتقابلها المواد ١٥٩ و ١٦٠ و ١٦١ من التقنين الكويتي .

ويلاحظ ان الفقه الاسلامي لا يعتد بالغبن الفاحش بدون تعريض الا في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة (م ٣٥٦ من المجلة و م ٣٠٠ مرشد الحيران و م ٢/١٢٤ مدني عراقي و م ١٤٩ مدني اردني) . وفي غير هذه الحالات لا يعتد هذا الفقه بالغبن الفاحش الا اذا اقرن به تقرير (م ٣٥٧ من المجلة و م ٣٠٠ من مرشد الحيران و م ١/١٢٩ مدني عراقي و م ١٤٥ مدني اردني) . والتقرير ، أي التذليل ، يدنو في جوهره من الاستغلال . حيث يلجأ المدلس الى حيلة تعمى التعاقد على الحقيقة فيضل ويتعاقد على غير هدى ، لما لطيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه . اذ ان عيوب الارادة تجمع بينها فكرة مشتركة بحيث يصعب فصل واحد منها عن غيره من العيوب فصلا تاما . فما تتأثر به الإرادة في الاستغلال يختلف في جوهره عما تتأثر به في العيوب الاخرى . بل انه يمكن القول ان الغلط في القيمة على النحو الذي يعرضه الفقه الاسلامي انما ينطوي على استغلال العاقد المغبون في علم خبرته . ففي المذهب الحنفي يقول الحموي في غمز عيون البصائر (ج ٢ ص ١٩٥) : « خيار الغبن يشبه في صسورة الوكيل والوصى . وفي صورة تقرير البائع المشتري ، بأن كان المشتري غيبا لا يعرف ، فقال البائع اشتر بهذا الثمن فانه يساويه فاشتره مغترا بقريله فنه خيار الغبن » .

وفي المذهب الحنفي أيضا قد يستغل العاقد المغبون في حاجته البالغة اذا كان مضطرا الى التعاقد . وهذا هو بيع المضطر وشراؤه (ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٦) : « بيع المضطر وشراؤه فاسد وهو ان يضطر الرجل الى طعام أو شراب أو لباس أو غيرها ، ولا يبيعها البائع الا بأكثر من ثمنها بكثير . . . » .

(عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج ٢ ص ١٥١ و ١٥٢) .

(مادة ١١٩)

١ - يجب أن يكون محل الالتزام الذي ينشأ من العقد ممكناً ، ومعينا تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة أو قابلاً لهذا التعيين ، وجائزاً شرعاً ، والا كان العقد باطلاً .

٢ - ويجوز أن يكون العقود عليه شيئاً مستقبلاً إذا عين تعييناً نافياً للجهالة والغرر :

يقابل هذا النص في فقرته الأولى المادة ١٨١ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالي التي تقول : « يجب أن يكون محل الالتزام الذي ينشأ عن العقد أمراً ممكناً ، ومعيناً أو قابلاً للتعين ، وجائزاً شرعاً والا كان العقد باطلاً . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة اكتفاء بالمواد التالية (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٠٧ في الهامش) .

وقد أدخل على هذه المادة تعديل يتفق مع ما يتطلبه الفقه الاسلامي من وجوب أن يكون المحل معيناً تعييناً واضحاً لا يتطرق اليه أي شك ، وذلك خوفاً على الصفقة من الغرر . فهو يتشدد في التطبيق فيطلب قدراً من التعيين أكبر مما يتطلبه التقنين الحالي ، حيث يجب أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ، أو يكون قابلاً للتعين على هذا النحو (انظر الخطاب ج ٤ ص ٢٨٥ و ٢٨٦ و ٢٨٩ - البدائع ج ٥ ص ١٥٦ - ١٦١ - الزيلعي ج ٤ ص ٥ و ٦ - المهذب ج ١ ص ٩٦٦ - عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ٦٩ - ٨٢ - م ١٩٧ - ٢٠٤ ، من المجلة م ٣٠٢ و ٣٠٣ من مرشد الحيران) .

والفقرة الأولى من النص المقترح تطابقها في الحكم المادة ١٢٨ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة اليه أو الى مكانه الخاص أن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره أن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس من القدر والوصف .

٢ - على أنه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند التعاقد ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر .

٣ - فإذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل ، وتطابقها في الحكم المادة ١٦١ من التقنين الأردني ، وهي تطابق المادة ١٢٨ من التقنين العراقي .

وتطابقها في الحكم المواد ١٦٧ و ١٧١ / ١ و ١٧٢ من التقنين الكويتي .

والفقرة الثانية من النص المقترح روعي في حكمها ما يخشاه الفقه الاسلامي من غرر في الصفقة . فالنهي عن بيع المعلوم في هذا الفقه إنما هو للغرر لا لعدم كما سبق القول . فإذا كان التعامل في الشيء المستقبلي احتمالاً جزافاً ، فإنه يكون باطلاً لما فيه من الغبن والغرر . أما إذا كان التعامل غير جزاف ، بحيث لا يدفع المشتري من الثمن إلا بمقدار ما يأخذ من المبيع يكون هناك غبن ولا غرر ، ومن ثم يصح التعامل ويتحقق ذلك إذا عين الشيء تعييناً نافياً للجهالة

والغرر . وقد نصت المادة ١/١٢٩ من التقنين العراقي في هذا المعنى على أنه « يجوز أن يكون محل الالتزام معلوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر » . كما نصت المادة ١/١٦٠ من التقنين الأردني على أنه « يجوز أن يكون محلاً للمعارضات المالية الشيء المستقبلي إذا انتفى الغرر » . وجاءت الفقرة الثانية من النص المقترح مطابقة لهذين النصين (انظر عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٣ ص ٥٧ و ٥٨) .

وهذه الفقرة تقابلها المادة ١٦٨ من التقنين الكويتي .

(مادة ١٢٠)

إذا كان محل الالتزام مستقبلياً في ذاته كان العقد باطلاً .

هذه المادة تطابق المادة ١٢٢ من التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ١٢٧ من التقنين العراقي ، والمادة ١٥٩ من التقنين الأردني ، والمادة ١٦٧ من التقنين الكويتي .

(انظر البدائع ج ٥ ص ١٤٧ و ١٤٨ و ١٦٨ - المبسوط ج ١٢ ص ١٩٤ - م ١٩٨ من المجلة وم ٣٦٧ من مرشد الحيران) .

(مادة ١٢١)

١ - إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته ، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره ، والا كان العقد باطلاً .

٢ - ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط .

هذه المادة تطابق المادة ١٢٣ من التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ٢/١٧١ من التقنين الكويتي .

(مادة ١٢٢)

إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر .

هذه المادة تطابق المادة ١٣٤ من التقنين الحالي مع استبدال عبارة « دفع مبلغ من النقود » بكلمة « نقود » ، لأن محل الالتزام عمل ، وهو دفع مبلغ من النقود ، وليس النقود في ذاتها .

وتطابق في حكمها المادة ١٦٢ من التقنين الأردني ، والمادة ١٧٣ من التقنين الكويتي .

(مادة ١٢٣)

يجوز أن يقترون العقد بشرط إذا كان هذا الشرط لا يخالف النظام العام والآداب ، والا ألقى الشرط وصح العقد ، ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد .

ويظهر هذا التمييز فيما نصت عليه المادة ١٩٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني اذ تقول : « يميز بين سبب الموجب وسبب العقد » . كما نصت المادة ٢٠٠ من هذا التقنين على « أن سبب العقد يكون في الدافع الشخصي الذي حصل الفريق العاقد على انشاء العقد وهو لا يعد جزءا غير منفصل في العقد بل يختلف في كل نوع من العقود وان تكن من فئة واحدة » . ونصت المادة ٢٠١ من هذا التقنين على أنه « اذا كان سبب العقد غير مباح كان العقد باطلا أصلا » .

كما يظهر هذا التمييز فيما نصت عليه المادتان ١٦٥ و ١٦٦ من التقنين الأردني : فالمادة ١٦٥ من هذا التقنين تتحدث عن سبب الالتزام فتقول : « ١ - لسبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد » .

٢ - ويجب أن يكون موجودا وصحيحا ومباحا غير مخالف للنظام العام أو الآداب » . والمادة ١٦٦ من هذا التقنين تتحدث عن سبب العقد فتقول :

« ١ - لا يصح العقد اذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقدية » .

٢ - ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقسم الدليل على غير ذلك » . (م ٣٠٥ من مرشد الحيران) .

فسبب الالتزام هو الغرض المباشر المجرد الذي يقصد المتلزم الوصول اليه من وراء التزامه . فهو عنصر موضوعي ، وداخل في العقد ، ولا يتغير في النوع الواحد من العقود . وهذا هو المعنى المقصود من اعتباره الغرض المجرد للمتلتزم . فمثلا في عقود البيع يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية هو دائما وغبته في الحصول على الثمن ، ويكون سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو دائما وغبته في الحصول على المبيع .

أما سبب العقد فهو الباعث الدافع الى التعاقد ، أي الباعث الرئيسي الذي جعل المتعاقد يقدم على ابرام التصرف . وهذا الباعث يختلف بطبيعة الحال من شخص الى آخر فيتغير في النوع الواحد من العقود . فهذا يبيع لانه في حاجة الى مال ينفقه في أغراض معيشته ، وذلك يبيع لانه يريد أن يشتري بالثمن شيئا آخر . وفي هذا يختلف سبب العقد عن سبب الالتزام .

ولا يتطلب القانون في سبب العقد فيما يتعلق بذاتيته سوى شروط مشروعية ، أي عدم مخالفته للنظام العام والآداب ، اذ لا بد لكل ارادة من باعث بحركها والا كانت ارادة غير واعية تصدر من شخص عديم التمييز .

على أنه اذا كان المتعاقد الذي يتمسك ببطان العقد هو الطرف الذي قام لديه الباعث غير المشروع ، وجب أن يتوافر شرط آخر لامكان بطلان التصرف . وهو لا يتعلق بذاتية السبب ، وانما يتعلق باستقرار التعامل ، حيث يجب أن يكون المتعاقد الآخر على علم بهذا الباعث غير المشروع . اذ لا يكون من العدل أن يفاجأ الطرف حسن النية ببطان التصرف في حين أنه لا يعلم عن ذلك الباعث شيئا . وهذا يتفق مع ما يشترطه القانون في الغلط لإبطال العقد من أن الطرف الذي لم يقع في الغلط يجب أن يكون على علم به أو أن يكون من المفروض حتما أن يعلم به . كما أنه الحل الذي يأخذ به القضاء .

هذا النص مستحدث . وهو يطابق في حكمه المادة ١٣١ من التقنين العراقي التي تقول :

« ١ - يجوز أن يقترون العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو بإلئمة أو يكون جاريا به العرف والعادة » .

٢ - كما يجوز أن يقترون بشرط فيه نفع لاحد العاقدين أو للغير اذا لم يكن ممنوعا قانونا أو مخالفا للنظام العام أو للآداب والا لفسا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضا » .

ويطابق في حكمه ايضا المادة ١٦٤ من التقنين الأردني ، وهي تطابق المادة ١٣١ من التقنين العراقي .

ويطابق في حكمه المادة ١٧٥ من التقنين الكويتي .

والفقه الاسلامي زاخر بالبحث في مدى صحة الشروط التي تقترون بالعقد . فهناك الشرط الذي يقتضيه العقد ، والشرط الذي يلائم العقد ، والشرط الذي يجري به العرف والعادة . وهناك الشرط الذي فيه نفع لاحد العاقدين أو للغير . والمذاهب الاسلامية تختلف فيما بينها في مدى صحة هذه الشروط . ويرجع هذا الاهتمام الى الحرص على مبدأ وحدة الصفقة من ناحية ، وإلى الخشية من شبهة الربا من ناحية أخرى اذا كان الشرط يتطوى على منفعة لا يقابلها عوض . ومع ذلك فقد تطور الفقه الاسلامي في هذا الخصوص في مذاهبه المختلفة ولا سيما في المذهب المالكي والحنبلي . حتى كاد المذهب الحنبلي يبيح الشروط المقترحة بالعقد بصورة عامة ، ما لم تكن مخالفة للنظام العام أو الآداب . وقد ظهر ذلك فيما نصت عليه المادة ١٣١ من التقنين العراقي والمادة ١٦٤ من التقنين الأردني السالفتي الذكر .

(انظر في المذهب الحنفي البدائع ج ٥ ص ١٦٩ - ١٧٣ . وفي المذهب الشافعي المهذب ج ١ ص ٢٦٨ . وفي المذهب المالكي الخطاب ج ٤ ص ٢٧٣ - ٢٧٥ . وفي المذهب الحنبلي المغني ج ٤ ص ٢٨٥ - ٢٨٦ . وانظر عرضا وافيا لكل هذه المذاهب في : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٣ ص ١١٢ - ١٩٥) .

٣ - السبب

(مادة ١٣٤)

١ - يجب أن يكون الباعث الدافع الى التعاقد جائزا شرعا ، والا كان العقد باطلا .

٢ - على أنه لا يجوز للمتعاقد الذي قام لديه الباعث غير المشروع أن يتمسك ببطان العقد ، الا اذا كان المتعاقد الآخر على علم بهذا الباعث .

اختلف الفقهاء في تحديد ماهية السبب . فمنهم من يعتبره ركنا في الالتزام ، ومنهم من يعتبره ركنا في العقد ، ومنهم من يعتبره من عناصر الارادة . وهذا الرأي الأخير رغم صحته لا يفصل في الخلاف ، لأن السبب أيا كان وضعه يعتبر من عناصر الارادة ، اذ الارادة المعتبرة قانونا تتجه الى التعاقد يحدوها غرض تهدف اليه أو باعث تتحرك بدافع منه . والصحيح ما يراه فريق من أن للالتزام سببا وللعقد سبب آخر ، فكل من السببين يتميز عن الآخر .

وتطابق في حكمها المادة ١/١٣٢ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب ، او لسبب ممنوع قانونا او مخالفا للنظام العام او الآداب » .

وتطابق في حكمها المادة ١٦٥ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

- ١ - السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد .
٢ . ويجب أن يكون موجودا وصحيحا ومباحا غير مخالف للنظام او الآداب » .

ويلاحظ هنا أنه طبقا لنص التقنين الحالي ونص التقنين العراقي وكذلك النص المقترح ، فإنه يشترط في سبب الالتزام شرطان هما الوجود والمشرعية . وبينما يزيد التقنين الاردني على هذين الشرطين شرطا ثالثا ، هو أن يكون السبب صحيحا . والحقيقة ان هذا الشرط الثالث يندرج تحت الشرطين الآخرين . فالسبب يكون غير صحيح في حالتين : الأولى هي حالة الغلط في السبب ، وفيها يتوهم التعاقد سببا لا وجود له ، وبذلك تدخل هذه الحالة تحت شرط الوجود . والثانية هي حالة السبب الصوري . فإذا كانت الصورية مطلقة كان السبب غير موجود ، وبذلك تدخل هذه الحالة أيضا تحت شرط الوجود . وإذا كانت الصورية نسبية بطل الالتزام اذا كان السبب المستتر غير مشروع ، وصح الالتزام اذا كان هذا السبب مشروعا ، ومن ثم تدخل هذه الحالة تحت شرط المشرعية .

ومن هنا يتضح ان عدم صحة السبب يرجع اما الى عدم وجوده ، او الى عدم مشروعيته . فيكون شرطا الوجود والمشرعية هما في الحقيقة الشرطان الوحيدان المطلوبان في سبب الالتزام . ولهذا أغفل التقنين الحالي والتقنين العراقي وكذلك النص المقترح شرط الصحة في السبب .

والفقه الاسلامي ، الى جانب اهتمامه الكبير بالبائع الدافع الى التعاقد كما رأينا ، فإنه يعتد بسبب الالتزام . من ذلك ما جاء في البدائع (جزء ٥ ص ٢٨٥) : « كل المبيع يعتبر مقابلا بكل الثمن ، وكل الثمن مقابل بكل المبيع . فالزيادة لو صحت مبيعا وثمنا لخلت عما يقابله ، فكانت فضل مال خال عن العوض في عقد المعاوضة ، وهذا تفسير الربا » . وكذلك يبطل العقد اذا كان هناك غلط في السبب (صبحي محمضاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية نس ٩٨ و ٩٩) . ومن ذلك أيضا ما جاء في الفروق (ج ٣ ص ٢٣٨) : والمقصود من البيع ونحوه انما هو انتفاع كل واحد من المتعاضدين بما يصير اليه ، فاذا كان عديم المنفعة أو محرما لم يحصل مقصوده فيبطل عقد المعاوضة عليه (صبحي محمضاني) ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ص ٩٢) (أنظر في هذا : عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ٥٥ في الهامش) .

(مادة ١٢٦)

يكون العقد صحيحا اذا توافرت اركانه اصلا ووصفا ، وهي الرضا من هو اهل له والمحل والسبب بشروطهما الجومرية والشكلية حين يفرضها القانون للانعقاد .

هذه المادة مستحدثة

اما اذا كان الطرف الذي يتمسك بالبطلان حسن النية وقت قيام العقد ، ولكنه علم بعد ذلك بالبائع غير المشروع ، فإنه يجب الى غلب البطلان ، اذ أن هذا لا يمس استقرار التعامل ، كما أنه ليس من المقبول ان يكافأ الطرف الآثم على تجاحه في اخفاء البائع غير المشروع .

ويلاحظ أن التقنين اللبناني والتقنين الاردني يميزان في نصوصهما بين سبب الالتزام وسبب العقد على النحو الذي تقدم ذكره ، كما أن فريقا من الفقه المصري والفقه الفرنسي يقول بهذا التمييز ، وهو واضح كذلك في أحكام القضاء ، حيث جاءت أغلب التطبيقات القضائية في خصوص البائع غير المشروع .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ١١٦ من التقنين الاردني التي تقول :

- ١ - لا يصح العقد اذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه .
٢ - ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك » .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ من التقنين الكويتي التي تقول : « ويعتد في السبب بالبائع المستحث الذي يدفع المتعاقد الى التعاقد اذا كان المتعاقد الآخر يعلمه ، او كان ينبغي عليه أن يعلمه » .

والبائع الدافع الى التعاقد له مكان ملحوظ في الفقه الاسلامي . فهو الذي تقاس به النوايا على أساس من الاعتبارات الأدبية والخلقية والدينية . ولذلك فإن المذهبين الحنيلي والمالكي يعتدان به سواء ذكر في العقد أو لم يذكر ، مادام يكون معلوما من الطرف الآخر . فاذا كان البائع مشروعا فالعقد صحيح ، واذا كان غير مشروع فالعقد باطل (اعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ٩٦ - ٩٨ . المغنى ج ٤ ص ٢٨٣ - ٢٨٥ . الخطاب ج ٤ ص ٢٦٧) . بل أنه يعتد بالبائع ولو لم يعلم به الطرف الآخر اذا كانت الظروف بحيث ينبغي أن يعلم به (القواعد لابن رجب ص ٣٢١ و ٣٢٢) .

(انظر في هذا : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ٥٣ - ٨٦) .

كذلك يعتد الفقه الاسلامي الى جانب البائع الدافع الى التعاقد باعتباره سببا للعقد ، بسبب الالتزام (البدائع جزء ٥ ص ٢٨٥) . وسنعود الى هذه النقطة عند الكلام في المادة التالية .

(مادة ١٢٥)

يجب أن يكون سبب الالتزام موجودا ، وجائزا شرعا ، والا كان العقد باطلا .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ١٢٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « اذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا » .

أولاً - أنه اعتمد فكرة العقد الموقوف التي يأخذ بها الفقه الاسلامي بدلا من فكرة العقد المقابل للإبطال التي يأخذ بها التقنين الحالي وغيره من التقنينات العربية فيما عدا التقنين العراقي والتقنين الأردني .

ويختلف العقد الموقوف عن العقد المقابل للإبطال في أن هذا الأخير ينشأ صحيحا منتجا لأثارة ، الى أن يطلب إبطاله فيبطل أو تلحقه الإجازة فيظل صحيحا بصورة نهائية ، بينما ينشأ العقد الموقوف صحيحا ولكنه لا ينتج أثاره فتظل هذه الآثار موقوفة الى أن ينقض العقد فيبطل أو تلحقه الإجازة فينفذ .

ومن ثم فإن فكرة العقد الموقوف تفضل فكرة العقد المقابل للإبطال في أو العقد الذي يشوبه نقص في الأهلية أو عيب في الإرادة أو انعدام الولاية على المحل يحسن أن يقف حتى تلحقه الإجازة ، فهذا أولى من أن ينفذ حتى يطلب إبطاله ، وذلك لملافة التعقيدات التي تنشأ عند إبطال العقد بعد نفاذه .

ثانياً - أنه وحد الحكم في الحالات التي يشوب العقد فيها نقص في الأهلية أو عيب في الإرادة ، أو انعدام الولاية على محل أي التصرف في ملك الغير بدون إذنه .

ويلاحظ أنه في الفقه الاسلامي يكون العقد موقوف النفاذ إذا كان هناك نقص في الأهلية ، أو كان هناك إكراه ، أو إذا تعلق حق الغير بالمحل . وهذا السبب الأخير يندرج تحته حالات أهمها تصرف الفضولي ، وهو من يتصرف في ملك غيره بدون إذنه ، وتصرف مالك العين المرهونة أو المؤجرة ، والبيع الصادر من المريض في مرض الموت لوأثره (انظر في هذا الخصوص : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ١٩٣ وما بعدها) .

ولكن حكم النص المقترح يجعل هذا السبب الأخير قاصرا على التصرف في ملك الغير بدون إذنه . غير أنه من ناحية أخرى يتوسع في نطاق العقد الموقوف فيجعله شاملا لعيوب الإرادة جميعها . وبذلك أصبحت الأسباب التي تجعل العقد موقوف النفاذ في النص المقترح هي نقص الأهلية وعيوب الإرادة والتصرف في ملك الغير بدون إذنه ، وهذا هو النهج الذي سار عليه التقنين المدني العراقي في المادتين ١٣٤ و ١٣٥ المشار اليهما . أما التقنين المدني الأردني فقد أخذ في المادة ١٧١ التي تقدم ذكرها بما قرره الفقه الاسلامي .

ومعروف أن الفقه الاسلامي يجعل العقد موقوفا في حالة الإكراه (م ١٠٠٦ من المجلة و م ٢٩٧ من مرشد الحيران) ، بينما يعطى العاقبة خيار الفسخ في حالتى الغلط (م ٣١٠ ، ٣١١ من المجلة و م ٣٠١ من مرشد الحيران) ، والتدليس (م ٣٥٧ من المجلة و م ٥٣٢ من مرشد الحيران) . وهذا ما أخذ به التقنين الأردني . ولكن روى أن من الأفضل توحيد الحكم بالنسبة الى عيوب الإرادة جميعها على غرار ما فعل التقنين العراقي .

وهي تطابق في حكمها المادة ١٣٣ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا بأن يكون صادرا من أهله مضافا الى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخل .

٢ - وإذا لم يكن العقد الصحيح موقوفا افاد الحكم في الحال » . وتطابق في حكمها المادة ١٦٧ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بأن يكون صادرا من أهله مضافا الى محل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة ولم يقترب به شرط مفسد له » .

وقد نصت المادة ١٠٨ من المجلة على أن « البيع الصحيح هو البيع الجائز وهو البيع المشروع ذاتا ووصفا » .

ونصت المادة ٣١١ من مرشد الحيران على أن « العقد الصحيح الذي يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتا ووصفا » .

والمراد بمشروعية ذاته ووصفه أن يكون ركنه صادرا من أهله مضافا الى محل قابل لحكمه وأن تكون أوصافه صحيحة سالمة من الخل والا يكون مقرونا بشرط من الشروط المفسدة للعقد .

(مادة ١٢٧)

يكون العقد موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفا دائرا بين النفع والضرر ، أو إذا شاب الإرادة فيه غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، أو إذا كان تصرفا في ملك الغير بدون إذنه ، أو إذا ورد في القانون نص خاص على ذلك .

يقابل هذا النص ما جاء في صدر الفقرة الأولى من المادة ١٣٤ من التقنين العراقي التي تقول : « إذا انعقد العقد موقوفا لحرر أو إكراه ، أو غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، أو إذا كان تصرفا في ملك الغير بدون إذنه ، أو إذا ورد في القانون نص خاص على ذلك » .

وما جاء في الفقرة الأولى من المادة ١٣٥ من هذا التقنين التي تقول : « من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفا على إجازة المالك » .

وتقابلة المادة ١٧١ من التقنين الكويتي التي تقول : « العقد موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفا دائرا بين النفع والضرر أو من مكروه أو إذا نص القانون على ذلك » .

وتقابلة المادة ١٧٩ من التقنين الكويتي التي تقول : « العقد المقابل للإبطال ينتج أثره ، ما لم يقض بإبطاله ، وإذا قضى بإبطاله اعتبر كأن لم يكن » .

وقد أخذ في النص المقترح بالأحكام الآتية :

١ - إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو اكراه أو غلط أو تغير جاز للمعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغير كما أن له أن يجيزه ، فإذا نقضه كان له أن ينقض تصرفات من انتقلت إليه العين وأن يستردها حيث وجدها وأن تداولتها الأيدي ، فإن هلكت العين في يد من انتقلت إليه ضمن قيمتها .

٢ - وللعقود المكره أو المغرور الخيار أن شاء ضمن التعاقد الآخر ، وإن شاء ضمن المجرر والغار . فإن ضمن المجرر أو الغار فلهما الرجوع بما ضمناه على التعاقد الآخر ، ولا ضمان على التعاقد للمكره أو المغرور أن قبض البديل مكرهاً أو مغروراً وهلك في يده بلاء منه .

والمادة ١٣٥ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك .

٢ - فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً ، وبطلب الفضولي بالبديل إن كان قد قبضه من التعاقد الآخر .

٣ - وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف ، وإذا كان التعاقد الآخر قد أدى للفضولي البديل فله الرجوع عليه به . فإن هلك البديل في يد الفضولي بدون تعد منه وكان التعاقد الآخر قد أدام علماً أنه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه .

٤ - وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلك في يده بدون تعد منه فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء . فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر .

وتقابلها المادة ١٧٢ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« تكون إجازة العقد للمالك أو لمن تعلق له حق في المعقود عليه أو للولي أو الوصي أو ناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته أو للمكره بعد زوال الكراه أو لمن يخوله القانون ذلك » .

وما جاء في المادة المقترحة يعتبر تكملة طبيعية للحكم الوارد في المادة السابقة . ففي المادة السابقة نص على الحالات التي يكون العقد فيها موقوفاً . وفي المادة المقترحة بيان لمن لهم الحق في إجازة العقد في هذه الحالات فهؤلاء هم الذين شرع توقف العقد لمصلحتهم ، فهم الذين يملكون إجازته أو إبطاله .

(مادة ١٢٩)

١ - يزول الحق في إبطال العقد الموقوف بالإجازة الصريحة أو الضمنية .

٢ - وتستند الإجازة إلى الوقت الذي تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير .

٣ - وإذا سكنت من شرع توقف العقد لمصلحته عن إعلان موقفه خلال مهلة أعطيت له من الطرف الآخر لا تقل عن ثلاثة أشهر ، اعتبر سكوته إجازة .

ويختلف العقد الموقوف عن العقد الذي يثبت فيه خيار الفسخ . فالعقد الموقوف ينشأ صحيحاً ، ولكنه يكون غير نافذ . أما العقد الذي يثبت فيه للعقود خيار الفسخ فينشأ صحيحاً نافذاً ، ولكنه يكون غير لازم ، فيكون للعقود الخيار بين امضاء العقد وفسخه .

كذلك رؤى عدم جعل تصرف المالك في العين المرهونة أو المؤجرة موقوفاً على إجازة الدائن المرتهن أو المستأجر . حيث أنه من القواعد المستقرة الآن والتي تقتضيها المصلحة في التعامل أن الرهن أو الإيجار لا يقيد حق المالك في التصرف في ملكه . ولهذا رؤى من الأفضل الأخذ بالحل الذي اعتمدته التقنين العراقي ، إذ أنه يستجيب لحاجة التعامل ، على خلاف ما أخذ به التقنين الأردني .

أما التصرف الصادر من المريض في مرض الموت فحكمه في مكان آخر .

ثالثاً - أنه جعل التصرف في ملك الغير بدون إذنه موقوفاً على الإجازة وهذه الحكم يفضل إلى حد كبير حكم بيع ملك الغير في التقنين الحالي وغيره من التقنينات العربية فيما عدا التقنين العراقي والتقنين الأردني . فبيع ملك الغير في التقنين الحالي وغيره من التقنينات التي أخذت بالتصوير اللاتيني حكمه مضطرب ولا يتفق مع القواعد العامة . فهو نافذ في حق البائع ، وقابل للإبطال بالنسبة إلى المشتري بمقتضى نص خاص ، وغير نافذ في حق المالك ، وللمالك أن يقره فيصبح بهذا الإقرار نافذاً في حقه وصحيحاً في حق المشتري .

بينما في ضوء فكرة العقد الموقوف يكون حكم هذا البيع واحداً بالنسبة إلى كل من البائع والمشتري والمالك ، فهو موقوف في حقهم جميعاً ، ولاتأثر إجازته إلا من جانب المالك ، فإذا صدرت هذه الإجازة أصبح العقد نافذاً في حق الجميع (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٤ ص ٣٠٥ - ٣٠٧) .

(مادة ١٢٨)

١ - إذا كان العقد موقوفاً لنقص في الأهلية ، كانت إجازته للقاصر بعد بلوغه الرشد أو لوليّه أو للمحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون .

٢ - وإذا كان موقوفاً لغلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال ، كانت إجازته للمتعاقدين الذي شاب إرادته أحد هذه العيوب بعد انكشاف العيب أو زواله .

٣ - وإذا كان موقوفاً لكونه تصرفاً في ملك الغير بدون إذنه ، كانت إجازته للمالك . فإذا أجاز المالك اعتبرت الإجازة توكيلاً .

٤ - ومن شرع توقف العقد لمصلحته هو الذي يثبت له الحق في إجازته أو إبطاله .

هذه المادة تقابلها المادتان ١٣٤ و ١٣٥ من التقنين العراقي . فالمادة ١٣٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

ويشترط الفقه الاسلامي لصحة الاجازة قيام كل عناصر التصرف ، وهي العاقدان والمحل والمجيز ، وقت صدور التصرف ووقت صدور الاجازة . ذلك أن الاجازة في الفقه لها حكم الاستناد والانشاء ، ومن ثم يجب توافر الشرط وقت صدور التصرف لأنه الوقت الذي تستند اليه الاجازة ، كما يجب توافره وقت صدور الاجازة لأنه الوقت الذي وجدت فيه .

ولكن الشارع العراقي قدر أن الأولى أن يجعل للاجازة حكم الاستناد دون حكم الانشاء ، فقد تدعو الحاجة الى اجازة العقد بعد موت أحد الأطراف الثلاثة أو بعد هلاك المحل .

ولهذا اكتفى باشتراط قيام عناصر التصرف وقت صدوره دون وقت صدور الاجازة . حيث اشترط لصحة الاجازة وجود من يملكها وقت صدور العقد الموقوف . فقد نصت المادة ١٣٦/١ من التقنين العراقي على أن « اجازة العقد الموقوف تكون صريحة أو دلالة وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد . ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو العقود عليه وقت الاجازة » .

وقد اراد الشارع العراقي بهذا أن يتجاوز الحدود التي وقف عليها الفقه الاسلامي فيما يتعلق بشروط الاجازة دون مبرر .

(انظر في هذه المسألة : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ١٩٨ و ٢٠٩ و ٢٢٠ و ٣٠٨ و ٣١٦) .

اما الشارع الأردني فجعل للاجازة حكم الاستناد والانشاء على غرار الفقه الاسلامي فنصت المادة ١٧٤ من التقنين الأردني على أنه « يشترط لصحة الاجازة قبول التصرف للاجازة وقت صدوره ووقت الاجازة ووجود من له الاجازة وطرفي العقد والمتصرف فيه وبدله ان كان عينا وقت الاجازة » .

وقد رؤى ترك الامر فيما يتعلق بشروط الاجازة للقواعد العامة .

وفي الفقرة الأولى من المادة المقترحة نص على زوال الحق في ابطال العقد الموقوف بالاجازة ، سواء كانت صريحة أو ضمنية ، حيث تعتبر الاجازة نزولا عن هذا الحق .

وفي الفقرة الثانية نص على ما للاجازة من حكم الاستناد ، مع تقييد ذلك بعدم الاخلاخل بحقوق الغير .

وفي الفقرة الثالثة أعطيت الفرصه للعاقد الذي يضره توقف العقد لحسم الموقف دون ابطاء . حيث يستطيع أن يحدد لمن شرع التوقف لمصلحته مدة معقولة لا تقل عن ثلاثة أشهر يعلن فيها عن رغبته في الاجازة أو الرقص ، فان سككت عن الرد طوال هذه المدة اعتبر سكوته اجازة للعقد .

وفي مذهب الامام مالك انه اذا حصل التصرف في ملك الغير بدون اذنه ، وسكت المالك عاما من وقت علمه بالتصرف ، اعتبر سكوته اجازة (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ٣٠٧) .

هذه المادة تقابلها المادة ١٣٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - يزول حتى ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية .
٢ - وتستند الاجازة الى التاريخ الذي تم فيه العقد ، دون اخلاخل بحقوق الغير .

وقد كانت العبارة الأخيرة في الفقرة الثانية من هذه المادة في التقنين الحالي ، وهي التي تقول « دون اخلاخل بحقوق الغير » محل نقد ، لأن الغرض المقصود في النص أن الاثر الرجعي للاجازة لا يسري الى بين المتعاقدين ، فلا يؤخذ به بالنسبة الى الغير الذي كسب حقا عينيا على الشيء الذي ورد عليه العقد . والمثل الذي ذكر في هذا الخصوص هو أنه لو باع القاصر العين وبعد بلوغه من الرشد باعها مرة ثانية أو رهنها لآخر ثم اجاز العقد الأول ، فإن الاجازة لا تؤثر على حق المشتري الثاني أو الدائن المرتين اذ تخلص العين لهذا المشتري أو تبقى مثقلة بحق الرهن رغم الاجازة . وهذا القول غير صحيح في ظل فكرة العقد القابل للابطال التي يأخذ بها التقنين الحالي . ذلك أن العقد القابل للابطال يكون قبل الاجازة منتجا لكل آثاره ، فاذا صدرت الاجازة كان كل ما يترتب عليها هو أن تزول قابلية العقد للابطال . فالاجازة لا تجعل العقد ينتج اثرا لم يكن ينتجه من قبل ، ولهذا يتصور أن يكون لها أثر رجعي يضر بحقوق الغير . فالمشتري من قاصر مبيع يصبح مالكا للعين المبيعة الى أن يطلب ابطال العقد ، فاذا باع القاصر العين بعد بلوغ الرشد أو رهنها كان تصرفه في شيء لا يملكه ، فاذا اجاز بعد ذلك البيع الذي أبرمه وهو قاصر فإن الملكية تستقر للمشتري الأول خالصة من الرهن . ولا يصح أن يعترض بأن التصرف الثاني يعتبر نزولا عن الحق في اجازة التصرف الأول ، لأن الابطال لا يتقرر الا بالاتفاق مع الطرف الآخر في العقد القابل للابطال أو بحكم القاضي ، أما قبل ذلك فإن العقد يظل منتجا لكل آثاره .

اما في ظل فكرة العقد الموقوف التي يؤخذ بها في النصوص المقترحة ، فإن الوضع يختلف . فقد رأينا أن العقد الموقوف ، على خلاف العقد القابل للابطال ، ينشأ صحيحا ولكنه لا ينتج آثاره فتظل هذه الآثار موقوفة الى أن ينقض العقد فيبطل أو تلحقه الاجازة فينفذ . ومن ثم يكون هناك محل للقول أو استناد الاجازة الى الوقت الذي تم فيه العقد انما يكون دون اخلاخل بحقوق الغير . فالمشتري من قاصر مبيع يكون عقده موقوفا ، فلا يصبح مالكا للعين التي اشتراها مادام أن العقد لم تلحقه الاجازة ، فاذا باع القاصر العين بعد بلوغه الرشد أو رهنها كان تصرفه في شيء يملكه ، فاذا اجاز بعد ذلك البيع الذي أبرمه وهو قاصر ، فإن الاثر الرجعي للاجازة يضر بحق المشتري الثاني أو الدائن المرتين لأنه يؤدي الى زوال هذا الحق . وللافاة هذا الاضرار بحق الغير ، وجب النص على أن الاثر الرجعي للاجازة لا يصبح أن يخل بحقوق الغير . فهذا الاثر الرجعي للاجازة انما يكون فيما بين المتعاقدين وليس بالنسبة الى الغير .

والاجازة هي النزول عن الحق في ابطال العقد الموقوف . فهي تصرف قانوني من جانب واحد ومن ثم يصح أن تكون صريحة أو ضمنية . ويجب أن تتوفر فيها الشروط اللازمة لصحة التصرف القانوني .

وتقابل المادة المقترحة الفقرة الأولى من المادة ١٣٦ من التقنين العراقي التي تقدم ذكرها .

ويقابلها في التقنين الاردني المواد ١٧٣ و ١٧٤ و ١٧٥ .

فالمادة ١٧٣ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ - تكون الاجازة بالفعل أو بالقول أو بأى لفظ يدل عليها صراحة أو دلالة .

٢ - ويعتبر السكوت اجازة ان دل على الرضا عرفا . »

والمادة ١٧٤ من هذا التقنين تقدم ذكرها .

والمادة ١٧٥ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا أجاز التصرف الموقوف نفذ مستندا الى وقت صدوره واعتبرت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

٢ - واذا رفضت الاجازة بطل التصرف . »

ويقابلها في التقنين الكويتي المواد من ١٧٩ إلى ١٨٢ .

وهي تأخذ بفكرة العقد القابل للإبطال .

(مادة ١٣٠)

١ - يسقط الحق في ابطال العقد الموقوف اذا لم يتمسك به من شرع التوقف لمصلحته خلال ثلاث سنوات .

٢ - ويبدأ سريان هذه المدة اذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب . واذا كان سبب التوقف الغلط أو التدليس أو الاكراه أو الاستغلال، فمن اليوم الذي ينكشف فيه العيب أو يزول . واذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه ، فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد . واذا كان التوقف لسبب آخر ينص عليه القانون ، فمن اليوم الذي يعلم فيه من شرع التوقف لمصلحته بصدور العقد .

٣ - وفي كل حال لا يجوز التمسك بالحق في الإبطال لغلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال اذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٠ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ٦ - يسقط الحق في ابطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات . »

٢ - ويبدأ سريان هذه المدة ، في حالة نقص الأهلية، من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ، وفي حالة الغلط أو التدليس ، من اليوم الذي ينكشف فيه ، وفي حالة الاكراه من يوم انقطاعه ، وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو اكراه اذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد . »

وتبقى المادة المقترحة على مدة التقادم المنصوص عليها في التقنين الحالي مع تعميم الحكم على جميع الحالات التي يتوقف فيها العقد .

وتقابلها المادة ١٣٦ فقرة ثانية وثالثة من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ٢ - ويجب أن يستعمل خيار الاجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر . فاذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا . »

٣ - ويبدأ سريان المدة اذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد . واذا كان سبب التوقف الاكراه أو الغلط أو التغزيب فمن الوقت الذي يرتفع فيه الاكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التغزيب . واذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد . »

وتقابلها المادة ١٨٣ من التقنين الكويتي ، وهي تأخذ بمدة التقادم المنصوص عليها في التقنين الحالي .

ولم يحدد الفقه الاسلامي مدة معينة لاجازة العقد أو نقضه . ولذلك جاء التقنين الاردني خلوا من مدة للتقادم في هذا الخصوص .

(المادة ١٣١)

يكون العقد باطلا اذا اختل فيه ركن باصله أو بوصفه ، وذلك اذا صدر من شخص فاقد الأهلية ، أو اذا انعدم فيه الرضاء أو المحل أو السبب ، أو اذا لم تتوافر في المحل أو في السبب شروطه الجوهرية ، أو اذا لم يتوافر فيه شكل يفرضه القانون لانعقاده ، أو اذا ورد في القانون نص خاص على ذلك .

هذه المادة مستحدثة

وهي تقابل المادة ١٩٣ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« يكون العقد باطلا في الحالات الآتية :

(أ) اذا أبرمه شخص لا أهلية له اطلاقا .

(ب) اذا انعدم فيه الرضاء أو المحل أو السبب ، واذا لم تتوافر في المحل أو في السبب شروطه الجوهرية .

(ج) اذا اشترط القانون في العقد شكلا يكون باطلا بدونه ولم يستوف العقد هذا الشكل ، أو اذا أغفل المتعاقدان اجراء شكليا يعتبره القانون ركنا في تكوين العقد .

(د) اذا ورد في القانون نص خاص على البطلان . »

وتقابلها المادة ١٣٧ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - العقد الباطل هو ما لا يصح أصلا باعتباره ذاته أو وصفا باعتبار بعض أو صافه الخارجة .

٢ - فيكون العقد باطلا اذا كان في ركنه خلل كان يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع .

والمادة ١٨٥ من هذا التقنين تنص على أن « العقد الباطل لا يصحح بالإجازة » .

والمادة ١٨٦ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ - العقد الباطل لا يصحح بمرور الزمان .

٢ - إلا أن دعوى البطلان تسقط بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد » .

وتطابق الفقرتين الأولى والثانية منها في الحكم المادة ١٤١ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة » .

(انظر المادة ٣١٣ من مرشد الحيران التي تقدم ذكرها) .

(مادة ١٣٣)

١ - إذا كان العقد باطلاً ، أو كان موقوفاً وبطل ، يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . فإذا كان هذا مستحيلاً حكم القاضي بتعويض معادل .

٢ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل .

٢ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد » .

وتقابل المادة ١٣٨ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً .

٢ - فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل .

٣ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد » .

وتقابلها المادتان ١٨٧ و ١٨٨ من التقنين الكويتي .

٣ - ويكون باطلاً أيضاً إذا اختلفت بعض أوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون » .

وتقابلها المادة ١/١٦٨ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختلف ركنه أو محله أو الفرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة » .

والعقد الباطل في الفقه الإسلامي هو العقد الباطل في القانون الوضعي . وقد نصت المادة ٣١٣ من مرشد الحيران على ما يأتي : « العقد الباطل هو ما ليس مشروعاً لا أصلاً ولا وصفاً ، أي ما كان في ركنه أو في محله خلل بأن كان الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلاً للعقد أو كان المحل غير قابل لحكم العقد .

وهو لا ينعقد أصلاً ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض » .

(مادة ١٣٢)

١ - العقد الباطل لا ينعقد ، فلا يترتب عليه أي أثر ، ولا ترد عليه الإجازة .

٢ - ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

٢ - ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٤١ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة .

٢ - وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد » .

وتطابقها في الحكم المادة ١٦٨ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختلف ركنه أو محله أو الفرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة .

٢ - ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

٣ - ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت العقد » .

(انظر المادة ٢١٣ من مرشد الحيران التي تقدم ذكرها) .

وتقابل المواد من ١٨٤ إلى ١٨٦ من التقنين الكويتي فالمادة ١٨٤ من هذا التقنين تنص على أن : « العقد الباطل لا ينتج أي أثر ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها » .

(المادة ١٣٤)

إذا كان العقد في شق منه باطلا أو موقوفا ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل أو يقف ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو موقوفا فيبطل العقد كله .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٣ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلاً للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلاً للإبطال العقد كله » .

وتقابلها المادة ١٣٩ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل . أما الباقي من العقد فيبطل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا » .

وتقابل المادة ١٩٠ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا لحق البطلان أو الإبطال شقاً من العقد ، اقتصر عليه وحده دون باقي العقد .

٢ - على أنه إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه ما كان يبرم العقد بغير الشق الباطل أو المبطل ، بطل العقد كله » .

وتقابل المادة ١٩٠ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ٣ - إذا كان العقد في شق منه باطلاً بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فانه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي .

٢ - وإذا كان العقد في شق منه موقوفاً ، توقف في الموقوف على الإجازة .

فإن أجزأ نفذ العقد كله ، وإن لم يجز بطل في هذا الشق فقط بحصته من العوض وبقي في النافذ بحصته » .

والمادة المقترحة تتناول نظرية انتقاص العقد . وهي نظرية يعرفها الفقه الإسلامي (انظر القوانين الفقهية ص ٢٦٠ - الزيلعي ج ٤ ص ٦٠ ، ٦١ - المبسوط ج ١٣ ص ٣ - ٥ - عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٤ ص ١٥١ - ١٥٧) .

(المادة ١٣٥)

إذا كان العقد باطلاً أو موقوفاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٤ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد » .

وتقابلها المادة ١٤٠ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد » .

وتقابلها المادة ١٩١ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا بطل العقد أو أبطل ، وامكن أن تستخلص منه الأركان اللازمة لعقد آخر غيره ، قام هذا العقد الآخر » .

٢ - ويعتبر الرضاء بالعقد الذي يصير التحول إليه متوافراً إذا تبين أن المتعاقدين كانا يريدانه لو علما ببطلان العقد الذي قصدوا في الأصل إبرامه »

والمادة المقترحة تتناول نظرية تحول العقد ، وقد ورد في الفقه الإسلامي بعض تطبيقات لهذه النظرية (انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١١ - ١١٣ ، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٤ ص ٢٩٦ - ٢٩٨) .

الفرع الثاني

آثار العقد

(١) تفسير العقد :

(المادة ١٣٦)

١ - العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني .

٢ - والأصل في الكلام الحقيقة ، فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعلق حمله على معناه الحقيقي .

هذه المادة مستحدثة . وهي تطابق المادة ٢١٤ من التقنين الأردني . وتطابق في حكمها المادة ١٥٥ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني »

٢ - على أن الأصل في الكلام الحقيقة . أما إذا تعلقت الحقيقة فيصير إلى المجاز » .

وتطابق في فقرتها الأولى العبارة الأولى من المادة ٣ من المجلة والمادة ٣١٤ من مرشدة الحيران .

وتطابق في الحكم في فقرتها الثانية المادة ١٢ من المجلة والعبارة الأولى من المادة ٩١ من المجلة .

وهي مستمدة من الفقه الاسلامي (انظر الاشياء والنظائر لابن نجيم، ص ٦٨ و ٦٩ و ٧٦ و ٧٧ : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٣٧) .

(المادة ١٣٩)

ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله .

• هذه المادة مستحدثة .

• وهي تطابق المادة ١٥٩ من التقنين العراقي .

• وتطابق المادة ٢١٧ من التقنين الاردني .

• وتطابق المادة ٦٣ من المجلة .

ومثالها أن الشفيع لو ترك شفيعته بنصف المشفوع فيه وطلب النصف الآخر ، سقط حقه في الشفعة ، لأن حق الشفعة لا يتجزأ (م ١٠٤١ من المجلة) . أما ذكر بعض ما يتجزأ فليس كذكر كله ، فلو أبرأ دائن مدينه من نصف الدين برى من هذا النصف فقط .

(عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٣٨) .

• وهي مستمدة من الفقه الاسلامي .

(المادة ١٤٠)

المطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقد دليل التقييد نصا او دلالة .

• هذه المادة مستحدثة .

• وتطابق المادة ١٦٠ من التقنين العراقي .

• وتطابق المادة ٢١٨ من التقنين الاردني .

• وتطابق المادة ٦٤ من المجلة .

• وهي مستمدة من الفقه الاسلامي .

(المادة ١٤١)

الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر .

• هذه المادة مستحدثة .

• وهي تطابق المادة ١٦١ من التقنين العراقي .

• وتطابق المادة ٢١٩ من التقنين الاردني .

وهذه المادة مستمدة من الفقه الاسلامي . واذا كانت الفقرة الاولى منها تقضي بأن يعتد في التفسير بالمقاصد والمعاني ، فإن هذا لا يعني أن الفقه الاسلامي يعتد بالارادة الباطنة في هذا الخصوص ، إذ أن المقاصد والمعاني التي تراعى هي تلك التي تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة ، ولهذا نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على أن الأصل في الكلام الحقيقة . كما سيأتي في المادة التالية أنه لا عبء بالدلالة في مقابلة التصريح . هذا الى ما تنص عليه المادة ٦٨ من المجلة من أن دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه ، يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه .

(انظر الاشياء والنظائر لابن نجيم ص ٣٦) .

فالعبرة في الفقه الاسلامي في خصوص التفسير بالارادة الظاهرة كما تستخلص من العبارات والصيغ التي استعملها المتعاقدان (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٢٨ وما بعدها) .

(المادة ١٣٧)

لا عبء بالدلالة في مقابلة التصريح .

• هذه المادة مستحدثة . وهي تطابق المادة ١٥٧ من التقنين العراقي .

• وتطابق المادة ٢١٥ من التقنين الاردني .

• وتطابق المادة ١٣ من المجلة .

وهي مستمدة من الفقه الاسلامي . وتؤيد ما ذكر فيما تقدم من أن المقاصد والمعاني التي تراعى في التفسير هي تلك التي تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة في العقد .

(المادة ١٣٨)

اعمال الكلام اولى من اهماله ، لكن اذا تعلل اعمال الكلام يهمل .

• هذه المادة مستحدثة .

• وهي تطابق المادة ١٥٨ من التقنين العراقي .

• وتطابق المادة ٢١٦ من التقنين الاردني .

وتطابق في حكمها المادة ٦٠ من المجلة التي تقول : « أعمال الكلام اولى من اهماله ، يعني لا يهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى . مثاله لو وقف على أولاده وليس له الا أولاد أولاده حمل عليهم صوتا للفظ ، وكذلك المادة ٦٢ من المجلة التي تقول : « اذا تعلل أعمال الكلام يهمل ، يعني أنه اذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقي أو مجازي أهمل . ومثاله لو أقر لزوجه التي هي من نسب آخر معروف وأكبر منه سنا بأنها ابنته فلا يمكن حمل كلامه هذا على معنى حقيقي لأنها أكبر منه سنا ومن نسب معروف ولا على معنى مجازي أي معنى الوصية لكونها وارثه له ولا وصية لوارث فيهم كلامه » .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة بما يفيد أن الشك يفسر في مصلحة الطرف الذي يضار من الشرط المشكوك في معناه .

فقد يكون هذا الطرف مدينا في التزام يفرضه الشرط ، فيفسر الشك في مصلحته مثل ذلك أن يتفق على شرط جزائي في العقد ، ويقوم شك في معرفة ما إذا كان هذا الشرط يستحق في حالة التأخر في التنفيذ أم أنه لا يستحق إلا في حالة عدم التنفيذ ، ففي هذه الحالة يجب أن يفسر الشرط على أنه لا يستحق إلا عند عدم التنفيذ . ومثل ذلك أيضا أن تشترط عمولة عند تمام كل صفقة دون أن يذكر وقت الدفع ، فيفسر هذا على أن يكون الدفع عند تنفيذ الصفقة لا عند عقدها .

وقد يكون هذا الطرف دائئا في التزام يعدل فيه الشرط على نحو يضر به ، فيفسر الشك في مصلحته . مثل ذلك أن يتفق على عدم التزام البائع بتسليم المبيع كله فور العقد ، ويقوم شك في معرفة ما إذا كان التسليم مؤجلا أم مقسطا ، ففي هذه الحالة يجب أن يفسر الشرط على أن يكون التسليم مقسطا . ففي هذا التفسير روعيت مصلحة المشتري ، مع أنه الدائن في الالتزام بالتسليم ، لأنه هو الذي يضار من الشرط .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ١٩٤ من التقنين الكويتي .
وتقابل المادة ٢٤٠ من التقنين الأردني التي تطابق المادة ١٥١ من التقنين المصري الحالي .

والفقرة الأولى منها تقابل المادة ١٦٦ من التقنين العراقي التي تطابق الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من التقنين المصري الحالي .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تتفق مع قواعد تفسير العقد في الفقه الاسلامي . فثمة قواعد ثلاثة في هذا الفقه تنهض بالمبدأ الوارد في هذه الفقرة :

الأولى : ان اليقين لا يزول بالشك . فإذا كان هناك شك في مديونية المدين ، فاليقين أنه بريء الذمة ، ولا يزال هذا اليقين بالشك .

والثانية : أن الأصل بقاء ما كان على ما كان . وبراءة الذمة تسبق المديونية ، فتنطبق براءة الذمة قائمة على ما كانت ، ولا تزول إلا بمديونية قامت على يقين .

والثالثة : أن الأصل براءة الذمة . فيفرض فيمن يدعى عليه بالدين أنه بريء الذمة . فإذا كان هناك شك في مديونيته فسر في مصلحته . وقد أورد ابن نجيم هذه القواعد الثلاثة في الأشباه والنظائر ، ص ٢٨ و ٢٩ (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٤١ و ٤٢) .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتتقضى بأن يكون تفسير الشك في عقد الإذعان في مصلحة الطرف المدعى في جميع الأحوال أي سواء كان دائئا في الالتزام الذي سيتناوله شرط العقد أو مدينا فيه ، لأنه في الحالين يكون مدينا في الشرط الذي يجري تفسيره ، بمعنى أنه يضار من هذا الشرط . حيث أن الطرف الآخر في هذا العقد ، وهو محتكر قانوني أو فعلي للسلسلة أو المرفق الذي يبرم العقد في شأنه ،

وتطابق المادة ٦٥ من المجلة التي تقول : « الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر » مثلا لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر في المجلس وقال في إيجابه يمت هذا الفرس الأدهم وأشار إليه وقبل البائع صبح البيع ولغا وصف الأدهم ، وأما لو باع فرسا غائبا وذكر أنه أشهب والحال أنه أدهم لا ينعقد البيع .

وهي مستمدة من الفقه الاسلامي .

(مادة ١٤٢)

١ - إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين .

٢ - أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدن دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى في المعاملات .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٠ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٢٩ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ١٩٢ من التقنين الكويتي .

ويتفق حكمها مع القواعد الأساسية في تفسير العقد في الفقه الاسلامي . فالفقرة الأولى منها ليست إلا اعمالا للقواعد التي تقدم ذكرها والتي تقضى بأن الأصل في الكلام الحقيقية ، فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمته على معناه الحقيقي وبأنه لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح ، وبأن دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه حيث يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه (م ١٢ و ١٣ و ٦١ و ٦٨ من المجلة) .

والفقرة الثانية منها ليست إلا تفصيلا للقاعدة التي تقدم ذكرها والتي تقضى بأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني (م ٣ من المجلة وم ٣١٤ من مرشد الحيوان) مع بيان العوامل التي يستطيع القاضي أن يفسر على هديها م ٣٦ - ٣٨ و ٤٠ - ٤٨ من المجلة) .

(مادة ١٤٣)

١ - يفسر الشك في مصلحة الطرف الذي يضار من الشرط .

٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى .

هذه المادة تقابل المادة ١٥١ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يفسر الشك في مصلحة المدين .

٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى . »

هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من التقنين الحالي .
وتطابق في حكمها المادة ١٦٦ من التقنين الكويتي التي
تنص على أن « العقد شريعة المتعاقدين » ، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل
بنقضه أو تعديل أحكامه ، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضى
به القانون » .

وتتفق في حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ١٤٦ من التقنين
العراقي التي تنص على أنه « إذا نفذ العقد كان لازماً . ولا يجوز
لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو
بالتراضي » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٢٤١ من التقنين الأردني التي تنص على
أنه « إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه
ولا تعديله ولا فسخه ، إلا بالتراضي أو التقاضى أو بمقتضى نص في
القانون » .

وحكمها مبدأ أساسي في الشريعة الإسلامية . فيقول سبحانه وتعالى :
« يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَفُوا بِالْعُقُودِ » . ويقول صلى الله عليه وسلم :
« المسلمون عند شروطهم » .

وقد نصت المادة ٣٠٦ من مرشد الحيران على ما يأتي :

« إنما تجرى أحكام العقود في حق العاقدين ولا يلتزم بها غيرهما .
ولا يجوز فسخ العقود اللازمة إلا بتراضيهما في الأحوال التي يجوز
فيها فسخها » .

(مادة ١٤٧)

١ - يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع
ما يوجبه حسن النية .

٢ - ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقدين بما ورد فيه ، ولكن يتناول
أيضاً ما هو من مستلزماته ، وفقاً لما تقتضيه طبيعة الالتزام وما
يقرره القانون والعرف .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٨ من التقنين الحالي التي تنص على
ما يأتي :

« ١ - يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع
ما يوجبه حسن النية .

٢ - ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقدين بما ورد فيه ، ولكن يتناول
أيضاً ما هو من مستلزماته ، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب
طبيعة الالتزام » .

وقد عدلت الفقرة الثانية من المادة الواردة في التقنين الحالي ،
فاستبدلت بعبارته « وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة
الالتزام » عبارة « وفقاً لما تقتضيه طبيعة الالتزام وما يقرره القانون
والعرف » . وذلك لأن طبيعة الالتزام هي أول ما يسترشد به القاضي
لاكمال نطاق العقد ، ولأن العدالة يشملها حكم الفقرة الأولى التي تقضى
بأن يكون تنفيذ العقد متفقاً مع ما يوجبه حسن النية .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٥٠ من التقنين العراقي التي تطابق
المادة ١٤٨ من التقنين الحالي .

يتوفر له من أسباب القوة ما يجعله يفرض شروط العقد ، فهو صانع
هذه الشروط ، وعليه يقع وزر ما فيها من غموض كان في وسعه أن
يتحاشاه . وبذلك يتفق حكم هذه الفقرة مع القواعد الشرعية .

(٢) أثر العقد بين المتعاقدين .

(مادة ١٤٤)

ينصرف أثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام ، دون اخلال
بالتقواعد المتعلقة بالميراث ، مالم يبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو
أن نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف الى الخلف العام .

هذه المادة تطابق المادة ١٤٥ من التقنين الحالي .

وتطابق الفقرة الأولى من المادة ١٤٢ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٢٠٦ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ٢٠١ من التقنين الكويتي .

وأحكامها هي الأحكام ذاتها المقررة في الشريعة الإسلامية . وقد أكد
الشارع هذا المعنى في التقنين الحالي فيما يتعلق بانتقال أموال التركة
الى الخلف العام الذي يشمل الوارث والموصى له بحصة في التركة ،

وذلك في المادة ٨٧٥ التي تنص على أن : « ١ - تعيين الورثة
وتحديد انصبتهم في الارث وانتقال أموال التركة اليهم تسري في
شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها .
٢ - وتتبّع في تصفية التركة الأحكام الآتية » .

وقد نصت المادة ١/٢٠٦ من مرشد الحيران على أنه « إنما تجرى
أحكام العقود في حق العاقدين ولا يلتزم بها غيرهما » (انظر البدائع
ج ٥ ص ٢٥٨) . (انظر في هذا عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق
في الفقه الإسلامي ج ٥ ص ٦٦ وما بعدها) .

(مادة ١٤٥)

إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تنصل بشيء انتقل بعد
ذلك الى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا
الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، إذا كانت من مستلزماته وكان
الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه .

هذه المادة تطابق المادة ١٤٦ من التقنين الحالي .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٢٠٧ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ٢٠٢ من التقنين الكويتي .

وأحكامها تتفق مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي فيما يتعلق
بانصراف أثر العقد الى الخلف الخاص (عبد الرزاق السنهوري ،
مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٥ ص ١٢٠ - ١٢٣) .

(مادة ١٤٦)

العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق
الطرفين ، أو للأسباب التي يقرها القانون .

وقد حمل الفقه الاسلامي على الاحتكار وتناوله في الصور التي كانت مألوفة في عهده . انظر تفصيلا لذلك فيما تقدم تحت المادة ٨٤ من المشروع .

ويتضح من هذا ان الشريعة الاسلامية تؤيد حماية الطرف المذعن في عقد الاذعان . وبذلك يتفق حكم النص المقترح مع المبادئ المقررة في الشريعة .

(مادة ١٥٢)

تسرى شروط العقد العامة التي يضعها أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر اذا كان على علم بها وقت إبرام العقد أو كان من المفروض أن يعلمها حتما لو أعارها انتباه الشخص العادي .

وعلى كل حال لا أثر لشروط تحد من المسؤولية أو تحلل من العقد أو تقف تنفيذه اذا كانت لصالح من وضعها ، ولا أثر لشروط تفرض على المتعاقد الآخر سقوط المدد وتحديد صلاحية الاعتراض بالدفع أو قيود تمس حرية المتعاقد في العلاقات مع الغير وتمديد العقد أو تجديده . ولا أثر كذلك لشروط التملك أو الحد من صلاحية القضاء ، اذا لم يتم الاتفاق على تحديدها خطيا .

• هذه المادة مستحدثة .

• وهي تطابق المادة ١٥٠ من التقنين الليبي .

وتقابل المادة ٥١ من مشروع التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا اتفق المتعاقدان على أن تسرى في شئونهما أحكام عقد نموذج أو لائحة نموذجية سرت هذه الأحكام ، مالم يثبت أي منهما أنه عند حصول الاتفاق بينهما لم يكن يعلم بهذه الأحكام ولم تنح له الفرصة في أن يعلم بها .

(٢) واذا كانت أحكام العقد النموذج أو اللائحة النموذجية التي لم يحصل العلم بها أساسية بطل العقد ، فان كانت ثانوية تولى القاضي حسم الخلاف في شأنها وفقا لطبيعة المعاملة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة . »

والمادة المقترحة تتناول العقد الذي يعده أحد المتعاقدين مقلما ، فيدون فيه من الشروط ما يكون في صالحه وضارا بمصلحة الطرف الآخر . وهي ظاهرة منتشرة الآن ، ولا سيما في عقود الاذعان . والهدف من حكم هذه المادة هو حماية هذا الطرف الآخر من ناحيتين : الأولى : أنه يجب أن يعلم بشروط العقد العامة ، أو يكون في مقدوره أن يعلم بهذه الشروط لو أعارها انتباه الشخص العادي .

(٤)

(مادة ١٥٠)

اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

هذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من التقنين الحالي وتطابق المادة ٢٠٥ من التقنين الأردني ، فيما عدا أن هذه المادة الأخيرة تصيغ عبارة (ان اقتضت العدالة ذلك) بعد لفظ (المعقول) . وتقابل الفقرة الثانية من المادة ١٤٦ من التقنين العراقي التي تقول : « على أنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » .

وتتفق في حكمها مع المادة ١٩٨ من التقنين الكويتي .

واذا كان الفقه الاسلامي لم ترد فيه نظرية عامة للحوادث الطارئة على نحو ما جاء في النص المقترح ، الا أنه عرف تطبيقات مختلفة لهذه النظرية أهمها الاعذار في عقد الايجار حيث يفسخ الايجار للعذر ، والجوائح في بيع النمار حيث ينقص الثمن بقدر معين (انظر عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٩٧ وما بعدها) .

(مادة ١٥١)

اذا تم العقد بطريق الاذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المنع منها ، وذلك وفقا لما تقتضيه العدالة . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

• هذه المادة تطابق المادة ١٤٩ من التقنين الحالي .

• وتطابق الفقرة الثانية من المادة ١٦٧ من التقنين العراقي .

• وتطابق المادة ٢٠٤ من التقنين الأردني .

• وتتفق في حكمها مع المادة ٨١ من التقنين الكويتي .

وقد رأينا فيما تقدم أن الفقه الاسلامي لا يتحدث عن عقد الاذعان ، وانما يتناول الفكرة الجوهرية التي يقوم عليها هذا العقد ، وهي ألا يحتكر الشخص سلعة ضرورية فيزيد من سعرها ويبيعه للناس بحسب هواه فيرضخ الناس للسعر الذي يفرضه نظرا الى حاجتهم الشديدة لهذه السلعة .

وقد نصت المادة ١/٣٠٦ من مرشد الحيران على أنه : «أنما تجرى أحكام العقود في حق العاقدین ولا يلتزم بها غیرهما» • ولكن في ضوء تطور ظروف المجتمع وما تقتضيه المصالح المشروعة في التعامل ، أصبح من الجائز أن يرتب العقد حقاً لصالح الغير ، ما دام المتعاقدان يريدان ذلك وما دام الغير يقبل ذلك •

(مادة ١٥٥)

١ - إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر • فلا يلزم الغير بتعهد • فإذا رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقده معه ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به •

٢ - أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فإن قبوله لا ينتج أثراً آمناً وقت صدوره ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد •

هذه المادة تطابق المادة ١٥٢ من التقنين الحالي •

وتطابق المادة ٢٠٩ من التقنين الأردني •

وتتفق في حكمها مع المادة ١٥٩ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بوعده ولكن يلزم نفسه • ويجب عليه أن يعرض من تعاقده معه إذا رفض الغير أن يلتزم ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي وعد به إذا كان ذلك في استطاعته من غير أن يضر بالدائن •

٢ - أما إذا أقر الغير هذا الوعد فإن إقراره لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو دلالة أن يستند الإقرار إلى اليوم الذي صدر فيه الوعد •

وتتفق في حكمها مع المادة ٣٠٤ من التقنين الكويتي •

وتتفق في حكمها مع ما يقرره الفقه الإسلامي من أن العقد لا يرتب التزاماً في ذمة الغير (م ١/٣٠٦ من مرشد الحيران) • إذ أن من يتعهد بأن يحمل الغير على قبول الالتزام بأمر معين إنما يلزم نفسه ولا يلتزم الغير بتعهد • ويكون للغير أن يقبل الالتزام أو يرفضه •

(مادة ١٥٦)

١ - يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية •

٢ - ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على

والثانية : أنه لا يلتزم بشروط العقد الخاصة التي تضره إلا إذا تم الاتفاق عليها خطياً • فكثيراً ما يفاجأ المتعاقد عند حصول النزاع بشروط لم يكن يتصور وجودها في العقد عند توقيعها عليه • ولا سبيل إلى ملافاة ذلك إلا باشتراط العلم أو إمكان العلم بالشروط العامة ، والاتفاق خطياً على الشروط الخاصة •

ومن ثم يتفق حكم هذه المادة مع المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية التي لا تعتد إلا بما اتفق عليه حقيقة بين المتعاقدين ، وهو ما يقتضي أن يكون المتعاقد على بينة تامة من شروط العقد الذي يلتزم به •

(مادة ١٥٣)

في العقود المبرمة بالتوقيع على نماذج جاهزة لتوحيد تنظيم علاقات تعاقدية ، فإن الشروط المضافة إلى تلك النماذج تغلب على الشروط الأصلية إذا تناقضت معها حتى ولو لم تشطب تلك الشروط المنافية •

هذه المادة مستحدثة

وهي تطابق المادة ١٥٦ من التقنين الليبي •

وهي تتناول العقد الذي تعد شروطه مقدماً كنموذج يحتذى عند التعاقد في شأن نوع معين من العلاقات التعاقدية ، كما هو الشأن في عقود الإذعان • فإذا أضيفت شروط إلى هذا النموذج تنافي الشروط الأصلية كان معنى ذلك أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى الشروط المضافة وأعرضت عن الشروط الأصلية حتى ولو لم تشطب هذه الأخيرة • ولذلك جرى القضاء في عقود التأمين على أن تغلب الشروط المخطوطة على الشروط المطبوعة ، وبذلك أعفى الطرف المدعى من الشرط الذي يتناقض مع آخر يكون أكثر انطباقاً على نية المتعاقدين •

وبذلك يتفق حكم هذه المادة من المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية التي لا تعتد إلا بما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين عند التعاقد •

(٣) أثر العقد بالنسبة إلى الغير •

هذه المادة تطابق المادة ١٥٢ من التقنين الحالي •

(مادة ١٥٤)

لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً •

وتطابق المادة ٢٠٨ من التقنين الأردني •

وتقابل المادة ٢٠٣ من التقنين الكويتي التي تنص على أن : «العقد لا تنفع ولا تضر غير المتعاقدين وخلفائهما ، وإن كانت تؤثر في الضمان العام المقرر لدائتيهما» ، وذلك كله ما لم يقض القانون بغيره •

والفقه الإسلامي لا يجيز انصراف أثر العقد إلى الغير ، سواء كان هذا الأثر حقاً أو التزاماً (عبد الوزاق السنيوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٥ ص ١٩٢ و ١٩٣) •

(مادة ١٥٨)

يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلية ، كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يمتد وقت العقد ، متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشاركة .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٦ من التقنين الحالي

وتطابق المادة ١٥٤ من التقنين العراقي

وتطابق المادة ٢١٢ من التقنين الأردني

وتتفق في حكمها مع المادة ٢٠٥ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للمادتين السابقتين

وانظر البدائع ج ٥ ص ١٧٢ فتح القدير ص ١٢٧ و ١٧٦ . مجمع

الضمانات ص ٨١ . ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٧ .

الفرع الثالث

انحلال العقد

(مادة ١٥٩)

١ - في العقود الملزمة للجانبين : اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد اعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتض .

٢ - ويجوز للداعي أن يمنح المدين أجلا اذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام في جملة .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٧ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ١/١٧٧ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٢٤٦ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعقد الآخر بعد اعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه .

٢ - ويجوز للمعكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ في الحال أو تنظره الى أجل مسمى ولها أن تقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال ان كان له مقتضى .

وتتفق في حكمها مع المادة ٢٠٩ من التقنين الكويتي .

خلاف ذلك . ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد .

٣ - ويجوز كذلك للمشتروط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، الا اذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ١٥٢ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٢١٠ من التقنين الأردني .

وتتفق في حكمها مع المادة ١/٢٠٥ والمادة ٢٠٦ والمادة ٢٠٧ من التقنين الكويتي .

والفقه الاسلامي لا يجيز انصراف أثر العقدة الى الغير ، سواء كان هذا الأثر حقا أو التزاما (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٥ ص ١٩٢ ، ١٩٣) .

وقد نصت المادة ١/٣٠٦ من مرشد الحيران على أنه « انما تجرى أحكام العقد في حق العاقدين ولا يلتزم بها غيرها » (انظر البدائع ج ٥ ص ١٧٢ فتح القدير ص ١٢٧ و ١٧٦ . مجمع الضمانات ص ٨١ . ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٣) . ولكن في ضوء تطور ظروف المجتمع ، وما تقتضيه المصالح المشروعة في التعامل أصبح من الجائز أن يرتب العقد حقا لصالح الغير ، مادام المتعاقدان يريدان ذلك ومادام الغير يقبل ذلك .

(مادة ١٥٧)

١ - يجوز للمشتروط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع الى المتعهد أو الى المشتروط رغبته في الاستفادة منها ، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد .

٢ - ولا يترتب على نقض المشاركة ان تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتروط ، الا اذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك . وللمشتروط ان يحل محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٥ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ١٥٣ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٢١١ من التقنين الأردني .

وتتفق في حكمها مع المادة ٢٠٨ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة السابقة

وانظر البدائع ج ٥ ص ١٧٢ فتح القدير ص ١٢٧ و ١٧٦ .

مجمع الضمانات ص ٨١ . ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٧ .

وتقابل المادة ٢٤٧ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه » فإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل ، ومثل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة ، وفي كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين » .

وتقابل المادة ١٧٩ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا هلك الموقوف عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة وجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه » .

٢ - فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري » .

ويميز الفقه الاسلامي بين فسخ العقد وانفساخه : فينفسخ العقد من تلقاء نفسه إذا هلك الموقوف عليه هلاكاً كلياً ، وفي غير حالة الهلاك الكلي يكون العقد في حاجة الى الفسخ (انظر م ٦٢٩ من مرشد الحيران) (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٢٥٠) .

(مادة ١٦٢)

إذا فسخ العقد أو انفسخ ، أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض » .

هذه المادة تقابل المادة ١٦٠ من التقنين الحالي التي تنص على أنه : « إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض » . وقد أدخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

أولاً : أضيفت عبارة « أو انفسخ » بعد عبارة « إذا فسخ العقد » لأن الأثر الذي يترتب على انفساخ العقد من تلقاء نفسه هو الأثر ذاته الذي يترتب على الفسخ ، إذ في كلا الحالتين يعود المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد » .

ثانياً - استبدلت بعبارة « جاز الحكم بالتعويض » ، في نهاية النص عبارة « يحكم بالتعويض » ، توخياً للدقة في بيان الحكم » .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٢٤٨ من التقنين الأردني » .

وتقابل المادتين ٢١١ و ٢١٦ من التقنين الكويتي » .

وتقابل المادة ١٨٠ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية أو انفسخ سقط الالتزام الذي كان مترتباً عليه ، فلا يلزم تسليم البديل الذي وجب بالعقد ، وإن كان قد سلم يسترد » . فإذا استحال رده يحكم بالضمان » .

ولم ترد في الفقه الاسلامي نظرية عامة للفسخ على غرار ما جاء في النص المقترح والنصوص المقابلة له في التقنينات العربية الأخرى » بل ان الأصل فيه أن الدائن لا يطالب بفسخ العقد إذا أحل المدين بالتزامه ، بل يطالب بتنفيذ العقد ، وذلك في العقود الملزمة للجانبين اللازمة بطبيعتها والخالية من الخيارات » . ومع ذلك فقد أجاز فسخ العقد في بعض الحالات ، ولا سيما في عقدي البيع (م ٤٤٨ - ٤٥٠ و ٤٥٢ من مرشد الحيران) والايجار (م ٥٧٠ و ٥٧١ و ٥٧٧ و ٥٨٤ و ٦٢٩ و ٦٣١ و ٦٥٧ من مرشد الحيران) .

(مادة ١٦٠)

يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء ذاته دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعني من الاعذار ، الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه » .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٨ من التقنين الحالي » .

وتطابق المادة ١٧٨ من التقنين العراقي » .

وتطابق المادة ٢٤٥ من التقنين الأردني » .

وتقابلها المادة ٢١٠ من التقنين الكويتي » .

ويتفق حكمها مع المبادئ المقررة في الفقه الاسلامي » .

(مادة ١٦١)

في العقود الملزمة للجانبين ، اذا انقضى التزام لاستحالة تنفيذه بسبب اجنبى لايد للمدين فيه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء ذاته » .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ١٥٩ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « في العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » . وقد أريد بتعديل نص هذه المادة الأخيرة على النحو الوارد في النص المقترح أن يكون الحكم أكثر وضوحاً ، لأن الالتزام لا ينقضى اذا كانت استحالة تنفيذه ترجع الى فعل المدين » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٢١٥ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - في العقود الملزمة للجانبين ، اذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلاً بسبب اجنبى لا يد له فيه ، انقضى هذا الالتزام وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر ، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه » .

٢ - فإذا كانت الاستحالة جزئية كان للدائن بحسب الأحوال أن يتمسك بالعقد فيما بقي ممكن التنفيذ أو أن يطلب فسخ العقد » .

وتطابقها المادة ١٨١ من التقنين العراقي .

وتطابقها المادة ٢٤٢ من التقنين الأردني .

وتتفق معها في الحكم المادة ٢١٧ / ١ من التقنين الكويتي .

راجع المذكرة الايضاحية للمواد الثلاثة الخاصة بالاقالة .

(مادة ١٦٥)

١ - يجب ان يكون العقود عليه قائما وموجودا في يد المتعاقد وقت الاقالة .

٢ - واذا هلك بعض العقود عليه او حصل التصرف فيه ، صحت الاقالة في الباقي بقدر حصته من العوض .

هذه المادة مستحدثة .

وتتفق معها في الحكم المادة ٢١٧ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضايهما بعد انعقاده ، ما بقي العقود عليه قائما وموجودا في يد أحدهما .

٢ - فاذا هلك أو تلف أو حصل التصرف للغير في بعض العقود عليه ، جازت الاقالة في الباقي منه بقدر حصته من العوض .

وتتفق معها في الحكم المادة ١٨٢ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - يلزم أن يكون العقود عليه قائما وموجودا في يد العاقد وقت الاقالة .

٢ - ففي البيع يلزم أن يكون المبيع قائما وموجودا في يد المشتري ، ولو كان بعض المبيع قد تلف صحت الاقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن . أما هلاك الثمن فلا يكون مانعا من صحة الاقالة .

وتتفق معها في الحكم المادة ٢٤٤ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - تتم الاقالة بالايجاب والقبول في المجلس وبالتعاطي بشرط أن يكون العقود عليه قائما وموجودا في يد العاقد وقت الاقالة ولو تلف بعضه صحت الاقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن .

راجع المذكرة الايضاحية للمواد الثلاثة الخاصة بالاقالة .

(مادة ١٦٦)

الاقالة في حق المتعاقدين فسخ ، وفي حق الغير عقد جديد .

هذه المادة مستحدثة .

ويتفق حكمها مع ما يقرره الفقه الاسلامي في هذا الصدد (انظر م ٤٦٠ - ٤٦٢ و ٤٦٥ و ٢٥٣ - ٢٥٥ من مرشد الحيران وم ٢٩٣ و ٢٩٤ و ٣١٤ من المجلة - البدائع ج ٥ ص ١٧١ و ١٧٥ و ص ٢٣٨ - ٢٤٣ و ص ٢٥٢) .

(مادة ١٦٣)

في العقود الملزمة للجانبين ، اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به .

هذه المادة تطابق المادة ١٦١ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٢١٩ من التقنين الكويتي التي تنص على انه « في العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الاداء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه اذا لم يتم المتعاقد الآخر بالوفاء بما التزم به ، وذلك ما لم يتفق على خلافه أو يقض العرف بغيره » .

وتقابل المادة ٢٨٠ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - للبائع أن يحبس المبيع الى أن يؤدي المشتري جميع الثمن الحال ، وللعامل أن يحبس الشيء الذي يعمل فيه الى أن يستوفي الأجر المستحق سواء كان لعمله أثر في هذا الشيء أو لم يكن وذلك كله وفقا للأحكام التي قررها القانون .

٢ - وفي كل معاوضة مالية بوجه عام ، لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس العقود عليه وهو في يده حتى يقبض البذل المستحق » .

وتقابل المادة ٣٨٨ من التقنين الأردني التي تنص على أن « لكل واحد من المتعاقدين في المعارضات المالية بوجه عام أن يحتبس العقود عليه وهو في يده حتى يقبض البذل المستحق » .

ولأن الدفع بعدم تنفيذ العقد يعتبر تطبيقا للقاعدة العامة في الحق في الحبس ، فإن التقنين العراقي والتقنين الأردني جعلانه فرعا في الحبس وأوردا النص المتعلق به في المكان المخصص لهذا الحق .

وقد وردت في الفقه الاسلامي تطبيقات للدفع بعدم التنفيذ في عقود مختلفة كعقد البيع وعقد الإيجار وعقد الوكالة وعقد الزواج ، بحيث يمكن أن نستخلص من هذه التطبيقات نظرية عامة على النحو الذي جاء في النص المقترح والنصوص المقابلة له في التقنينات العربية . وهو يقيم الدفع بعدم التنفيذ على أساس فكرة المساواة بين المتعاقدين ، فلا يجبر أحدهما على تنفيذ التزامه بينما لم يتم الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ، وهي فكرة تقود الى نظرية السبب التي تقيم ارتباطا بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين .

(انظر البدائع ج ٤ ص ٢٠١ و ج ٥ ص ٢٤٩ . وانظر م ٤٥٥ و ٤٥٤ من مرشد الحيران وم ٢٧٨ الى ٢٨٠ من المجلة . وانظر عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٢٥٢ - ٢٦٣) .

(مادة ١٦٤)

للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضايهما بعد انعقاده .

هذه المادة مستحدثة .

وتطابقها المادة ١٨٣ من التقنين العراقي .

وتطابقها المادة ٢٤٣ من التقنين الاردني .

ويتفق معها في الحكم المادة ٢١٨ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « تعتبر الاقالة من حيث أثرها بمثابة الفسخ في حق العاقدین ، وبمثابة عقد جديد في حق الغير » (١).

وقد استمد المشروع النصوص الخاصة بالاقالة من الفقه الاسلامي . على أنه « تعتبر الاقامة من حيث أثرها بمثابة الفسخ في حق العاقدین ، وبمثابة عقد جديد في حق الغير » .

فهو اتفاق يهدف فيه الطرفان الى الغاء الالتزامات التي ترتبت على العقد المأل منه ، وبذلك يؤدي الى انحلال العقد . كان يكون هناك عقد بيع ، ثم يتفق الطرفان على الاقالة منه ، فيعود المبيع الى البائع ، ويسترد المشتري الثمن . ويقع هذا الاتفاق بالتراضي بعد قيام العقد طبقا للقواعد العامة ، فيشترط فيه ما يطلب في سائر العقود من شروط انعقاد وشروط صحة . وقد نصت المادة ١٦٤ من المشروع في هذا المعنى على أن « للمتعاقدین أن يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده » .

والرجوع في الهبة اذا تم بين الواهب والموهوب له بالتراضي ، فانه يعتبر اقالة من الهبة . غير أن هذا الرجوع قد يتم بغير الاقالة ، وذلك اذا لم يقبل الموهوب له الاقالة ، حيث يجوز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك الى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع .

ويشترط في الاقالة ، فضلا عما تقتضيه القواعد العامة ، أن يكون العقود عليه قائما وموجودا في يد العاقد وقت الاقالة . وهذا شرط يتطلبه الفقه الاسلامي على أساس أن العقود عليه في البيع هو المبيع ، فاذا هلك المبيع لم يبق محل حكم البيع فلا يبقى حكمه ، ومن ثم لا تصور الاقالة التي هي رفع حكم المبيع في الحقيقة . وفي هذا المعنى نصت المادة ١٦٥ من المشروع على أنه « ١ - يجب أن يكون العقود عليه قائما وموجودا في يد المتعاقد وقت الاقالة » .

٢ - واذا هلك بعض العقود عليه أو حصل التصرف فيه ، صححت الاقالة في الباقي بقدر حصته من العوض » .

وقد اختلف الفقه الاسلامي في تكييف الاقالة . يرى أبو حنيفة أن الاقالة فسخ في حق المتقابلين ، وبيع جديد في حق الغير . ويرى أبو يوسف أنها بيع جديد في حق المتقابلين وفي حق الغير . وهذا أيضا هو الرأي في مذهب مالك . ويرى محمد أنها فسخ في حق المتقابلين في حق الغير . وهذا أيضا هو الرأي في مذهب الشافعي ، مذهب أحمد . ويرى زفر أنها فسخ في حق المتقابلين وفي حق الغير (انظر في هذا البدائع ج ٥ ص ٣٠٦ - ٣٠٨ . الفتاوى الهندية ج ٥ ص ١٩٤ . عدد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٢٦٩ ٢٧٧) .

وقد أخذ المشروع في هذا الصدد برأي الإمام أبي حنيفة . فنصت المادة ١٦٦ من المشروع على أن « الاقالة في حق المتعاقدین فسخ ، وفي حق الغير عقد جديد » . وترتب على اعتبار الاقالة فسخا فيما بين المتعاقدین أن يؤول العقد المأل منه باثر رجعي ، فيعتبر العقد كأن لم يكن . فاذا كان العقد المأل منه بيعا ، فإن الملكية التي انتقلت الى المشتري في هذا العقد تزول باثر رجعي ، فيعتبر المشتري أنه

لم يكن مالكا قط . ويستثنى من ذلك عقد المدة ، إذ أن طبيعة هذا العقد تأتي الرجوع فيما تم تنفيذه منه ، لأن الزمن معقود عليه في هذا العقد وما مضى من الزمن لا يعود ، ولذلك فإن الاثر الرجعي لا يسرى في شأن ما تم تنفيذه من هذا العقد .

وترتب على اعتبار الاقالة عقدا جديدا بالنسبة الى الغير أنها لا تمس حقوق الغير . فاذا كان العقد المأل منه بيعا ، فإن العين تعود الى البائع محملة بما ترتب عليها للغير من حقوق كرهن في الفترة ما بين البيع والاقالة . واذا كان العقد المأل منه قد سجل وجب أيضا تسجيل عقد الاقالة . وبأخذ بالشقعة عند التقايل لانه من الغير ، والاقالة بيع في حق الغير .

ويخلص مما تقدم أن المشروع في تنظيمه للاقالة أخذ من الفقه الاسلامي حكيمين :

الاول : أنه اشترط أن يكون العقود عليه قائما وموجودا في يد العاقد وقت الاقالة .

والثاني : أنه جعل الاقالة في حق المتعاقدین فسخا ، وفي حق الغير عقدا جديدا . وفيما عدا ذلك من الأحكام تسري القواعد العامة .

الفصل الثاني

الارادة المنفردة

(مادة ١٦٧)

١ - لا تلزم الارادة المنفردة صاحبها الا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك .

٢ - وتسري على الارادة المنفردة احكام العقد ، الا اذا كانت هذه الاحكام تتعلق بوجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام او كانت تتعارض مع نص القانون .

هذه المادة مستحدثة .

وكان النص المقترح في المشروع التمهيدي ، وهو المادة ٢٢٨ ، للتقنين الحالي يجري على النحو الآتي :

« ١ - اذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوبا وكان لمدة معينة ، فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذي يصل فيه الى علم من وجه اليه ، مادام هذا لم يرفضه .

٢ - وتسري على هذا الوعد الاحكام الخاصة بالعقود الا ما يتعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام .

٣ - يبقى الاجاب في العقود خاضعا للاحكام الخاصة به ويسري حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة موجه الى الجمهور » .

وهذا النص الذي ورد في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي كان يجعل من الارادة المنفردة مصدرا للالتزام بوجه عام ، ثم حذفت في لجنة المراجعة عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الارادة المنفردة ملزمة واكتفاء بالحالات المنصوص عليها في القانون من أن الارادة المنفردة تنشئ التزاما . وقد ترتب على هذا الحذف أن أصبح النص الوحيد الموجود في الفصل الخاص بالارادة المنفردة هو نص الوعد بجائزة الموجه الى الجمهور في المادة ١٦٢ من التقنين الحالي . وعلى أثر ذلك حذ خلافا في الفقه . فلذهب رأي الى أنه بعد حذف النص المقترح له تعدد الارادة المنفردة مصدرا للالتزام وأصبحت الالتزامات الناشئة عنها تقوم بمقتضى نصوص قانونية خاصة بحيث صار نص القانون

والتقنين الكويتي في المادة ٢٢٠ على ما يأتي :

« ١ - التصرف القانوني الصادر بالارادة المنفردة لا ينشئ التزاما ولا يعدل في التزام قائم ولا ينهيه ، الا في الاحوال الخاصة التي ينص عليها القانون . »

٢ - فان قضى القانون بنشوء الالتزام أو بتعديله أو بانقضائه بمقتضى التصرف الصادر بالارادة المنفردة ، سري على هذا التصرف ما يسري على العقد بوجه عام من أحكام القانون ، الا ما كان منها متعارضا مع قيام التصرف على الارادة الواحدة وعلى الاخص ما تعلق بتوافق ارادتي طرفي العقد . »

والفقه الاسلامي يعترف للارادة المنفردة بالقدرة على انشاء الالتزام ، ويميز في هذا الصدد بين الالتزام والوعد والنذر ، ولكنه يختلف في مدى التقيد بتصرف من هذه التصرفات (انظر البدائع ج ٥ ص ٨١ وما بعدها وج ٦ ص ١١٥ - ٢١٤ . وانظر عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ١ ص ٤١ - ٤٦) .

وفي ضوء كل ماتقدم فان النص المقترح يقف بالارادة المنفردة عند حذ كونها مصدرا استثنائيا للالتزام ، فلا تعتبر كذلك الا في الحالات التي ينص فيها القانون على الالتزام بالارادة المنفردة .

(مادة ١٦٨)

١ - من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر الى الوعد بالجائزة او دون علم بها .

٢ - واذا لم يعين الواعد اجلا للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع في وعده باعلان يوجهه للجمهور ، على الا يؤثر ذلك في حق من اتم العمل قبل الرجوع في الوعد . ولا تسع دعوى المطالبة بالجائزة اذا لم ترفع في خلال ستة اشهر من تاريخ اعلانه العدول للجمهور . »

هذه المادة تطابق المادة ١٦٢ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « ولا تسع » بعبارة « وتسقط » في الفقرة الثانية .

وتقابل المادة ١٨٥ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٢٥٥ من التقنين الأردني .

وتقابلها المواد ٢٢١ - ٢٢٦ من مشروع التقنين الكويتي .

وتتضمن المادة المقترحة تطبيقا للالتزام بارادة منفردة ، حيث يلتزم من يوجه الى الجمهور وعدا بجائزة عن عمل معين بارادته المنفردة .

ويتفق هذا التطبيق مع ما هو مقرر في الفقه الاسلامي من التزام الواعد بوعده (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ١ ص ٤٥) .

هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات . بينما ذهب رأي آخر الى اعتبار الارادة المنفردة مصدرا استثنائيا للالتزام ، لان الالتزامات التي يكون القانون مصدرا مباشرا لها لا تستند الا الى وقائع مادية ، اما الالتزامات التي تنشئها الارادة المنفردة فمصدرها المباشر هو هذه الارادة . وهذا هو الرأي الذي يعتنقه الفقه الحديث في المانيا وايطاليا وفرنسا ، ويقول به اغلب الفقه في مصر ، كما هو مسلك التشريعات الحديثة :

فالتقنين الألماني ينص في المادة ٣٠٥ على أن « انشاء الالتزام بمقتضى تصرف قانوني لا يكون الا بعقد ، عدا الاحوال التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك » .

والتقنين الايطالي ينص في المادة ١٩٨٧ على أن « الوعد المنفرد بالقيام باداء لا يكون له اثر ملزم في غير الاحوال التي نص عليها القانون » .

والتقنين العراقي ينص في المادة ١٨٤ على ما يأتي :

« ١ - لا تلزم الارادة المنفردة صاحبها الا في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك . »

٢ - ويسري عليها ما يسري على العقد من أحكام الا ما يتعلق منها بوجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام » .

والتقنين الليبي ينص في المادة ٦٥ على ما يأتي :

« ١ - اذا نص القانون على أن تكون الارادة المنفردة مصدرا للالتزام سري عليها ما يسري على العقد من أحكام ، الا اذا كانت هذه الأحكام يقتضيها تعدد الارادة أو كانت تتعارض مع نص القانون . »

٢ - وتسري بوجه عام أحكام العقد على الارادة المنفردة باعتبارها تصرفا قانونيا يرتب آثارا أخرى غير انشاء الالتزام » .

وبلاحظ أن هذا النص الوارد في التقنين الليبي متأثر بالرأي الفقهي الذي أشير اليه والذي يذهب الى أن نص القانون هو المصدر المباشر للالتزامات التي تكون الارادة المنفردة مصدرا لها بمقتضى النص .

والتقنين الأردني : ينص في المواد ٢٥٠ الى ٢٥٣ على ما يأتي : م ٢٥٠ : « يجوز أن يتم التصرف بالارادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول مالم يكن فيه الزام الغير بشيء وذلك طبقا لما يقضى به القانون » .

م ٢٥١ : « ١ - تسري على التصرف الانفرادي الأحكام الخاصة بالعقود الا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لنشوء العقد . وذلك ما لم ينص القانون على غير ذلك » .

٢ - ويبقى الايجاب في العقد خاضعا للأحكام الخاصة به » .

م ٢٥٢ : « اذا استوفى التصرف الانفرادي ركنه وشروطه فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه مالم ينص القانون على غير ذلك » .

م ٢٥٣ : « ١ - اذا كان التصرف الانفرادي تملكا فلا يثبت حكمه للمتصرف اليه الا بقبوله . »

٢ - واذا كان اسقاطا فيه معنى التملك أو كان ابراء من دين فيثبت حكمه للمتصرف اليه ولكن يرتد برده في المجلس .

٣ - اذا كان اسقاطا محضا فثبت حكمه ولا يرتد بالرد .

٤ - كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه » .

الفصل الثالث

العمل غير المشروع

الفرع الأول

المسؤولية عن الأعمال الشخصية

(مادة ١٦٩)

١ - كل فعل سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ، ولو كان غير مميز .

تتناول هذه المادة القاعدة في المسؤولية عن الأعمال الشخصية ، فهي بهذه المثابة تعتبر القاعدة العامة في المسؤولية عن العمل غير المشروع . وهذه المادة يقابلها في التقنين الحالي المادتان الآتيتان :
م ١٦٣ : « كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » .
م ١٦٤ : « يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز » .

١ - ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعدد الحصول على التعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم » .

وتقابلها في التقنين العراقي المواد الآتية :

م ١٨٦ : « ١ - إذا ألتف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً ، يكون ضامناً ، إذا كان في أحداته هذا الضرر قد تعمد أو تعدى » .

٢ - وإذا اجتمع المباشر والتسبب ضمن المتعمد أو المتعدى منهما ، فلو ضمنا معاً كانا متكافئين في الضمان » .

م ١٩١ : « ١ - إذا ألتف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله » .

٢ - وإذا تعدد الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر أن كان صبياً غير مميز أو مجنوناً ، جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض ، على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر » .

٣ - عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة أن تراعى في ذلك مركز الخصوم » .

م ٢٠٢ : « كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أى نوع آخر من أنواع الأيذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر » .

م ٢٠٤ : « كل تعدد يصيب الغير بأى ضرر آخر غير مذكور في المواد السابقة يستوجب التعويض » .

م ٢١٦ : « ١ - لا ضرر ولا ضرار . والضرر لا يزال بمثله وليس للمظلوم أن يظلم بما ظلم » .

٢ - فلو ألتف أحد مال غيره في مقابل ألتاف هذا لماله كان كل منهما ضامناً للآخر ما ألتف . ولو ألتف شخص فأخذ دواهم زائفة من شخص آخر فليس له أن يصرفها إلى غيره » .

وتقابلها في التقنين الأردني المواد الآتية :

م ٢٥٦ : « كل أضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر » .

م ٢٥٧ : « ١ - يكون الأضرار بالمباشرة أو التسبب » .

٢ - فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مقضياً إلى الضرر » .

م ٢٥٨ : « إذا اجتمع المباشر والتسبب يضاف الحكم إلى المباشر » .

م ٢٦٠ : « ليس لمن ألتف ماله شخص أن يتلف مال ذلك الشخص ولا ضمن كل منهما ما ألتفه » .

م ٢٧٣ : « ما يجب من مال في الجناية على النفس وما دونها ولو كان الجاني غير مميز هو على العاقلة أو الجاني للمجنى عليه أو ورثته الشرعيين وفقاً للقانون » .

م ٢٧٤ : « رغماً عما ورد في المادة السابقة ، كل من أتى فعلاً ضاراً بالنفس من قتل أو جرح أو إيذاء يلزم بالتعويض عما أحدثه من ضرر للمجنى عليه أو ورثته الشرعيين أو من كان يعولهم وحرموه من ذلك بسبب الفعل الضار » .

م ٢٧٥ : « من ألتف مال غيره أو أفسده ضمن مثله أن كان مثلياً وقيمته أن كان قيمياً وذلك مع مراعاة الأحكام العامة للتضمين » .

م ٢٧٨ : « إذا ألتف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله » .

وتقابلها في التقنين الكويتي المادة ٢٢٧ التي تنص على ما يأتي :

« ١ - كل من أحدث بخطئه ضرراً بغيره يلتزم بتعويضه ، سواء كان في أحداته الضرر مباشراً أو متسبباً » .

٢ - ويلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ ولو كان غير مميز » .

وفي الفقرة الأولى من النص المقترح تنضج أركان المسؤولية التقصيرية وهي ثلاثة: الفعل الضار والضرر وعلاقة السببية بين الفعل والضرر. وهذه الأركان جميعها واجبة الإثبات . غير أنه يلاحظ أن النص المقترح جاء فيه لفظ « فعل » بدلا من لفظ « خطأ » الوارد في نص التقنين الحالي . وهذا التغيير مقصود . ومقتضاه أن يتوزع عبء الإثبات على عاتق الطرفين في الدعوى . حيث يكتفى من المضرور باثبات الفعل الذي ترتب عليه الضرر ، أي اثبات نسبة هذا الفعل إلى المدعى عليه . ويبقى على هذا الأخير أن يقيم الدليل على أن الفعل المنسوب إليه مما يجوز له أن يأتيه شرعاً ، فإذا نجح في هذا الإثبات اندفعت المسؤولية عنه . لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان ، وإذا لم ينجح قامت مسؤوليته . وبذلك يتوزع عبء الإثبات بين الطرفين ، الأمر الذي يخفف عن المضرور عبء اثبات خطأ يصعب اثباته في كثير من الحالات .

وقد يبدو لأول وهلة أن هذا التغيير لا ينطوى على أهمية له من الناحية العملية ، لا سيما إذا عرفنا أن ما يحصل عملاً هو أن يبادر كل من الطرفين منذ البداية إلى تقديم ما يراه من أدلة لصالحه . ولكن مع ذلك فإن التطبيق العملي قد يسفر عن صور لم تخطر على البال ، فيكون من الأفضل تحديد عبء الإثبات على هذا النحو . إذ أن لهذا التحديد أهمية لمعرفة من يكسب الدعوى ومن يخسرهما ، فالذي لا يقع عليه عبء الإثبات لا يخسر الدعوى إذا أخفق في التدليل على ما يدعيه .

هذه المادة تقابل المادة ١٦٤ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

١ - يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز .

٢ - ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على التعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعباً في ذلك مركز الخصوم .

وتقابل المادة ٢٩١ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - اذا أُلِّفَ صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله .

٢ - واذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر ان كان صبياً غير مميز أو مجنوناً جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض ، على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر .

٣ - عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة أن تراعى في ذلك مركز الخصوم .

وتقابل في التقنين الادنى المادتين الاتيتين :

م ٢٥٦ : « كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر » .

م ٢٧٨ : « اذا أُلِّفَ صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله » .

وتقابل المادة ٢٢٧ / ٢ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ومع ذلك يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ ولو كان غير مميز » .

وحكم المادة المقترحة ييسر للمضروب الحصول على التعويض اذا كان من صدر منه الفعل الضار غير مميز وتعذر الحصول على التعويض من ماله . حيث يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يلزم من هو مسئول عنه بمبلغ التعويض كولي أو وصي أو قيم أو مكلف بالرقابة . يكون لهذا المسئول اذا استطاع ان ينفي الخطأ عن نفسه ، ان يرجع فيما بعد على عديم التمييز (قارن م ٩١٦ من المجلة) .

(مادة ١٧١)

يعتبر فعلاً ضاراً يستوجب المسؤولية امتناع الشخص عن تقديم يد المعونة لحماية الغير من خطر يداخه في النفس أو العرض أو المال ، اذا كان في مقدوره ان يبذل هذه المعونة دون أن يتعرض لخطر .

هذه المادة مستحدثة .

وهي تتناول واجبا يفرضه الشرع حماية للنفس أو العرض أو المال . فاذا وجد شخص غيره يتعرض لاذى في نفسه أو اعتداء على عرضه أو غصب أو اتلاف لماله وجب عليه أن يبادر الى انقاذ هذا الغير كي يحمي نفسه أو يصون عرضه أو يحفظ ماله ، مادام أن لديه القدرة على هذا

ويلاحظ في هذا الشأن أن الفقه الاسلامي عني بذكر تطبيقات عديدة للقاعدة العامة فيما يتعلق بالفعل الضار . فتحدث عن اتلاف المال ، والغصب ، والأفعال الضارة التي تقع على النفس . وقلده في ذلك التقنين العراقي والتقنين الأردني ، ولكنهما مع ذلك عاددا الى تقرير القاعدة العامة كما هو واضح من النصوص السالفة الذكر .

وقد رؤى عدم الاغراق في التطبيقات والتفاصيل ، والاكتفاء بالقاعدة العامة على النحو الوارد في النص المقترح . فهذا أسلم من الناحية التشريعية ، وادعى الى ترك الباب مفتوحاً أمام الاجتهاد ، لا سيما وأن التطبيقات مهما كثرت لا يتصور أن تكون شاملة كل ما يدخل تحت القاعدة العامة .

وهناك مسألة يجب القاء الضوء عليها ، وهي علاقة السببية بين الخطأ والضرر . فالمسئولية ، سواء كانت عقدية أو قصصية ، تقوم على أركان ثلاثة ، هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما . فلا يكفي لقيام المسؤولية أن يكون هناك خطأ وضرر ، بل لابد أن يكون الخطأ هو السبب الذي أدى الى وقوع الضرر . ومعرفة ما اذا كانت السببية قد قامت بين الخطأ والضرر أم لم تقم مسألة يثق النظر فيها حين تتعدد الأسباب التي أدت الى وقوع الضرر . ولذلك تعددت فيها النظريات سواء في فقه القانون الوضعي أو في الفقه الاسلامي . ومن النظريات التي جاءت في الفقه الاسلامي أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد (م ٩٢ من المجلة) ، والمتسبب لا يضمن الا بالتعمد (م ٩٣ من المجلة) ، واذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر (م ٩٠ من المجلة) . وبها أخذ التقنين العراقي والتقنين الأردني والتقنين الكويتي . ولكنها ليست النظرية الوحيدة في الفقه الاسلامي . والنص على نظرية معينة ليس عملاً سليماً من الناحية التشريعية ، حيث يحسن أن يترك الباب مفتوحاً أمام الاجتهاد . وكما خضعت الفكرة لتطور في فقه القانون الوضعي يحسن أن تترك كذلك للتطور في الفقه الاسلامي .

لهذا رؤى عدم الاشارة في النص المقترح أو في غيره الى نظرية بعينها في خصوص علاقة السببية بين الفعل الضار والضرر .

أما عن مسئولية عديم التمييز فقد رؤى في النص المقترح أن يؤخذ بما يقرره الفقه الاسلامي ، حيث تكون القاعدة هي مسئولية عديم التمييز عن الفعل الضار الذي يصدر منه ، فلا تكون مسئوليته على سبيل الاستثناء كما يقضي التقنين الحالي . ووجه العدالة ظاهر في الحل المقترح والذي يأخذ به الفقه الاسلامي . والاتجاه الآن نحو التوسع في الحالات التي تقوم فيها المسؤولية على أساس الضرر وليس على أساس الخطأ . ولعل فيما عرضنا له من توزيع عبء اثبات الفعل الضار بين طرفي الدعوى ما يشير الى الرغبة في أن نخطو خطوة في هذا الطريق ، (انظر م ٩١٦ من المجلة) .

(انظر م ٨٨١ - ٩٢٥ من المجلة)

(مادة ١٧٠)

اذا كان من صدر منه الفعل الضار غير مميز ، وتعذر الحصول على التعويض من ماله ، جاز للقاضي أن يلزم من هو مسئول عنه بمبلغ التعويض .

تتناول هذه المادة السبب الاجنبى الذى من شأنه ان يقطع علاقة السببية بين فعل المدعى عليه فى دعوى المسؤولية والضرر الذى اصاب المدعى فى هذه الدعوى .

وهى تطابق فى حكمها المادة ١٦٥ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب اجنبى لا يدل عليه فيه، كحادث مفاجئ أو قوى قاهره أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » .

وتطابق فى حكمها المادة ٢١١ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب اجنبى لا يدل عليه فيه كافة سماوية أو حادث فجائى أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٦١ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب اجنبى لا يدل عليه فيه كافة سماوية أو حادث فجائى أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك » .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٢٢ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب اجنبى عنه لا يدل عليه فيه قوة قاهرة أو حادث فجائى أو فعل المضرور أو فعل الغير ، كان غير ملزم بالتعويض ، وذلك ما لم يوجد نص يقضى بغيره » .

ولم يرز فى النص المقترح ذكر للحادث المفاجئ الذى ذكرته النصوص المقابلة لأنه يعتبر من قبيل القوة القاهرة ، ولذلك لا يفرق الفقه بينهما فى الحكم . وكذلك لم تذكر فى النص المقترح الآفة السماوية التى ذكرها النصاب العراقى والاردنى نقلا عن الفقه الاسلامى لأنها أيضا تعتبر من قبيل القوة القاهرة .

(مادة ١٧٣)

١ - الضرورات تبيح المحظورات ، ولكنها تقدر بقدرها .

٢ - فمن أحدث ضررا وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو عرضه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى ، والا أصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة .

تتناول هذه المادة حالة الدفاع الشرعى :

والفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة . وهى تطابق الفقرة الأولى من المادة ٢١٢ من التقنين العراقى .

والفقرة الثانية من هذه المادة تطابق المادة ١٦٦ من التقنين الحالى .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٢١٢ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « فمن أحدث ضررا وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو عن غيره كان غير مسئول على ألا يجاوز فى ذلك القدر الضرورى ، ولا أصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » .

الانقاذ دون أن يتعرض لخطر . فإن قصر فى أداء هذا الواجب تحققت مسؤوليته . كان يرى سباح شخصا يشرف على الفرق فيمتنع عن نجده رغم قدرته على انقاذه دون أن يتعرض لخطر . أو يرى شخصا آخر يخطف أنثى وهى تستغيث فيقعد عن نجدها رغم قدرته على ذلك . أو يرى شخصا آخر يخطف مال غيره ويغربه فلا يبادر الى تتبعه لاستيرداد المال منه رغم أن فى وسعه ذلك ، أو يراه يضرم النار فى مال غيره فلا يمنعه من ذلك رغم أن هذا المنع فى استطاعته .

وقد ثار بحث هذه المسألة فى فقه القانون الوضعى الحالى فى شأن حالات الامتناع عن تقديم يد المعونة التى لم ينص فيها القانون على واجب محدد . فكان رأى أن الشخص لا يكون مسئولا حتى لو امتنع عن عمل فيه مصلحة محققة لآخر ، وذلك حماية لحرية الممتنع ولأن الواجب حينئذ يكون من قبيل الواجبات الخلقية التى لا يتكفل بها القانون . على أن هذا لا يعنى ، فى نطاق القانون الحالى ، أن المسؤولية فى حالة الامتناع لا تقوم الا عند الاخلال بالتزام قانونى محدد يفرض القيام بعمل معين ، كما فى حالة الامتناع عن اضاءة مصباح السيارة أثناء السير ليللا . فهناك حالات يكون الامتناع فيها موجبا للمسؤولية رغم عدم وجود التزام قانونى محدد ، وذلك حين يكون هذا الامتناع اخلالا بواجب عام يقضى باتخاذ ما يلزم لحماية الغير فى ظروف معينة . فمثلا يجب على مصلحة السكك الحديدية أن تتخذ ما يلزم لتنبيه الجمهور الى الخطر عند اجتيازها الممرات السطحية التى تعبر خطوطها الحديدية . ويجب على مصلحة التنظيم عندما تحفر حفرة فى الطريق أثناء القيام بعمل يقتضى ذلك أن تضع بجانبها اشارة تنبه المارة الى وجودها . بل إن هذا الواجب العام قد تفرضه تقاليد مهنة معينة . فالطبيب الذى يجد فى الطريق شخصا أصيب فى حادث بحيث أصبح فى حاجة الى انقاذ سريع يجب يجب عليه أن يبادر الى انقاذه ، فإن امتنع الطبيب عن ذلك كان مخطئا وتحققت مسؤوليته .

وجدير بالذكر فى هذا المقام أن قانونا صدر فى فرنسا سنة ١٩٤٥ عدل الشارح الفرنسى بموجبه المادة ٤٥ من تقنين العقوبات الفرنسى ، بحيث أصبح امتناع الشخص عن تقديم المساعدة جرمية اذا كان فى استطاعته دون خطر عليه أو على غيره أن يمنع فعلا بعد جناية أو جنحة ضد سلامة الغير ولا يمنعه ، أو كان يعلم دليل براحة معتقل أو محكوم عليه فى جناية أو جنحة ولا يتقدم للدلاء بشهادته أمام القضاء أو الشرطة . وهاتان حالتان يعتبر الممتنع فيهما آثما شرعا .

ويأتى النص المقترح ليقرر واجبا قانونيا محددا فى هذا الصدد ، فيغنيينا عن تلمس الحالات التى يكون الامتناع فيها عن تقديم يد المعونة موجبا للمسؤولية . فهو يقرر قاعدة من شأنها أن ترتفع بالواجب الخلقى الذى يفرضه الشرع الى مستوى الواجب القانونى الذى يستوجب المسؤولية . وأحرى بالمجتمع الاسلامى أن يأخذ بقاعدة على هذا المنحى تستوعب جميع الحالات التى يقعد فيها الشخص عن المبادرة الى انقاذ الغير من خطر يداخه فى النفس أو العرض أو المال رغم استطاعته ذلك .

(مادة ١٧٢)

اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب اجنبى لا يدل عليه فيه ، كقوة قاهرة أو فعل المضرور أو فعل الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك .

عليه ، أو كان يعتقد انها واجبة ، واثبت انه كان يعتقد مشروعية الفعل الذي وقع منه ، وكان اعتقاده مبنيا على أسباب معقولة ، وانه راعى في عمله جانب الحيطة .

هذه المادة تطابق المادة ١٦٧ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي طفيف .

وتطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة ٢١٥ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة ٢٦٣ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ٢٣٧ من التقنين الكويتي .

وهي تعتبر تطبيقا لمبدأ شرعي يقول به الفقه الاسلامي ، حيث يقضى بأن « يضاف الفعل الى الفاعل لا الامر مالم يكن مجبرا » (م ٨٩ من المجلة) .

الفرع الثاني

المسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية الناشئة

عن الأشياء

١ - المسؤولية عن عمل الغير

(مادة ١٧٦)

١ - كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة الى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ، وذلك مالم يثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية .

٢ - ويعتبر القاصر في حاجة الى الرقابة اذا لم يبلغ خمسة عشرة سنة ، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر الى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة ، مادام القاصر تحت اشراف المعلم أو المشرف . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر الى زوجها أو الى من يتولى الرقابة على الزوج اذا كانت الزوجة في كنف متولى الرقابة .

هذه المادة تقابل المادة ١٧٣ من التقنين الحالي التي تنص على

ما يأتي :

١ - كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة الى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز .

وتقابل المادة ٢٦٢ من التقنين الأردني التي تنص على أن « من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسئول على ألا يجاوز قدر الضرورة والا أصبح ملزما بالضمان بقدر ما جاوزه » .

وتطابق في حكمها المادة ٢٣٥ من التقنين الكويتي .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تتضمن المبدأ الشرعي الذي يقول به الفقه الاسلامي والذي يعتبر حكم الفقرة الثانية تطبيقا له (م ٢١ و ٢٢ من المجلة) .

(مادة ١٧٤)

١ - يختار اهون الشرين . فاذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضررا بارتكاب أخفهما ، ويزال الضرر الأشد بالضرر الأخف . ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير ابطالا كلياً .

٢ - فمن اضطر الى أن يلحق ضررا بالغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره ، لا يكون ملزما الا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً .

والفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة . وهي تطابق الفقرة الأولى من المادة ٢١٣ من التقنين العراقي .

والفقرة الثانية من هذه المادة تقابل المادة ١٦٨ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره لا يكون ملزما الا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « فمن سبب ضررا للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محقق يزيد كثيرا على الضرر الذي سببه لا يكون ملزما الا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسباً » .

وتقابل المادة ٢٣٦ من التقنين الكويتي .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تتضمن المبدأين الشرعيين اللذين يقول بهما الفقه الاسلامي والذي يعتبر حكم الفقرة الثانية تطبيقا لهما (م ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ ، ٣٣ من المجلة) .

(مادة ١٧٥)

لا يكون الموظف العام مسئولا عن فعله الذي اضر بالغير اذا قام به تنفيذا لأمر صدر اليه من رئيس ، متى كانت اطاعة هذا الامر واجبة

وحكم المادة المقترحة ، اذ يلزم المكلف بالرقابة بتعويض الضرر الناجم عن فعل الخاضع لرقابته ، واذ يقيم قرينة تخفف عبء الاثبات عن المضرور في هذا الصدد ، انما يهدف الى حماية المضرور وتيسير حصوله على التعويض . ويبقى امام المكلف بالرقابة ان يرجع بما آداه من تعويض على الخاضع للرقابة وبذلك فان هذا الحكم يتفق مع القاعدة الشرعية التي تقضي بان الضرر يزال (م ٢٠ من المجلة) ، وان الضرر يدفع بقدر الامكان (م ٣١ من المجلة) .

(مادة ١٧٧)

١ - يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يصدره تابعه بفعله الضار ، متى كان واقعا منه في حال تادية وظيفته او بسببها .

٢ - وتقوم رابطة التبعية ، ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه ، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه .

هذه المادة تطابق المادة ١٧٤ من التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ٢٤٠ من التقنين الكويتي .

وتقابل الفقرة الأولى (ب) من المادة ٢٨٨ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « لا يسأل أحد عن فعل غيره » ومع ذلك فللمحكمة بناء على طلب المضرور اذا رأت مبررا أن تلتزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر .

ب - من كانت له على من وقع منه الاضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حرا في اختياره اذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تادية وظيفته أو بسببها .

وتقابل المادة ٢١٩ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية أو التجارية مسئولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم ، اذا كان الضرر ناشئا عن تعدد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم .

٢ - ويستطيع المخدم أن يتخلص من المسؤولية اذا أثبت أنه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر أو أن الضرر كان لابد واقعا حتى لو بذل هذه العناية » .

ونلاحظ ان المسؤولية في حكم النص الذي نحن بصدد تقررهما قاعدة موضوعية ، بمعنى ان القاعدة الواردة في هذا النص تقرر حكما موضوعيا وليست قاعدة اثبات . ومن ثم فهي لا تتضمن قرينة قانونية على خطأ المتبوع . وما يقال من أنها تشتمل على قرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس قول ليس له معنى قانوني . فهو ليس الا تعبيرا غير سليم عن قاعدة موضوعية . ذلك أن فكرة القرينة القاطعة فكرة مشكوك في صحتها ، اذ الدليل لابد أن يقبل اثبات العكس ، فاذا امتنع هذا الاثبات أصبحنا بصدد قاعدة موضوعية حقيقية .

٢ - ويعتبر القاصر في حاجة الى الرقابة اذا لم يبلغ خمسة عشرة سنة ، او بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر الى معلمه في المدرسة او المشرف في الحرفة ، مادام القاصر تحت اشراف المعلم او المشرف . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر الى زوجها او الى من يتولى الرقابة على الزوج .

٣ - ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية اذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، او أثبت أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية .

وقد ادخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

أولا - حذف من الفقرة الأولى العبارة الأخيرة فيها ، وهي التي تفيد التزام المكلف بالرقابة بالتعويض ولو كان من وقع منه الفعل الضار غير مميز ، حيث صار حكمها مسلما بعد أن أصبحت القاعدة في النصوص المقترحة هي التزام من يقع منه الفعل الضار بالتعويض ولو كان غير مميز .

ثانيا - أضيفت في آخر الفقرة الثانية عبارة « اذا كانت الزوجة في كنف متولى الرقابة » . وذلك لقصر مسئولية متولى الرقابة على الزوج على الحالة التي تكون فيها الزوجة في كنف متولى الرقابة على زوجها ، لأنه اذا كانت الزوجة منفصلة عن الزوج فلا محل لمساءلة متولى الرقابة عن أفعالها الضارة .

ثالثا - أدمج حكم الفقرة الثالثة مع حكم الفقرة الأولى .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٢٣٨ من التقنين الكويتي .

وتقابل الفقرة الأولى (أ) من المادة ٢٨٨ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « لا يسأل أحد عن فعل غيره » ومع ذلك فللمحكمة بناء على طلب المضرور اذا رأت مبررا أن تلتزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر .

أ - من وجبت عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية الا اذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية .

وتقابل المادة ٢١٨ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يكون الأب ثم الجد ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير .

٢ - ويستطيع الأب أو الجد أن يتخلص من المسؤولية اذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لابد واقعا حتى لو قام بهذا الواجب .

٢ - المسؤولية الناشئة عن الأشياء

(المادة ١٧٩)

كل من تولى حراسة شيء يكون مسئولاً عما يحدثه هذا الشيء من ضرر للغير ، سواء أكان هذا الشيء حيواناً أم جماداً ، وسواء أكان منقولاً أم عقاراً .

هذه المادة تقابل المواد ١٧٦ و ١٧٧ و ١٧٨ و ١٧٩ من التقنين الحالي .

فالمادة ١٧٦ من هذا التقنين تنص على أن « حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئولاً عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب ، مالم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجبنى لا يدل عليه فيه » .

فالمادة ١٧٧/١ من هذا التقنين تنص على أن « حارس البناء ، ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه انهيار البناء من ضرر ، ولو كان انهياراً جزئياً ، مالم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه الى احوال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه » .

والمادة ١٧٨ من هذا التقنين تنص على أن « كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجبنى لا يدل عليه فيه . هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة » .

وقد روي تعميم مبدأ المسؤولية الناشئة عن الأشياء بحيث تشمل المسؤولية عن فعل الحيوان ، وعما ينشأ من ضرر بفعل البناء أيا كان سبب الضرر انهياراً أو غيره ، وكذلك المسؤولية عن سائر الأشياء ، سواء أكانت آلات ميكانيكية أم أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أم غير ذلك ، وتوحيد الحكم في جميع هذه الحالات ، إذ لا مبرر للمغايرة في مسؤولية حارس الأشياء المختلفة ولا لقصر مسؤولية حارس البناء على حالة دون أخرى . ولذلك صيغ نص المادة المقترحة بحيث يشمل أحكام المواد ١٧٦ و ١٧٧ و ١٧٨ من التقنين الحالي بعد تعديل نصوص هذه المواد على النحو التالي :

فالنص المقترح يتضمن حكم المادة ١٧٦ من التقنين الحالي بعد أن استبعدت منها عبارة « ولو لم يكن مالكا له » لعدم فائدتها ، وكذلك عبارة « ولو ضل الحيوان أو تسرب » لا يرد حكمها في الفقرة الثالثة من المادة ١٨٠ المقترحة .

كما تتضمن حكم المادة ١٧٧ فقرة أولى من التقنين الحالي بعد تعديل حكمها بحيث يسرى على جميع الأضرار التي تنشأ بفعل البناء دون الإقتصار على ما يحدثه انهيار البناء من ضرر .

وتشمل كذلك الحكم الوارد في المادة ١٧٨ بعد أن استبعدت منها عبارة « أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو آلات ميكانيكية » بقصد تعميم المسؤولية الناشئة عن الأشياء ، بحيث تشمل كل ضرر ينشأ بفعل شيء أيا كان هذا الشيء . كما استبعدت من النص عبارة « هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة » ، لعدم فائدتها .

كما أن هذه المسؤولية تقوم على فكرة الضمان . فقد رأى الشارع لاعتبارات تقوم على التكافل الاجتماعي أن يضمن المتبوع خطأ تابعه الذي يقع أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها ويترتب عليه ضرر يصيب الغير . ولا وجه لأن يعترض على هذا النظر بأن الكفالة هنا مقررة رغم إرادة الكفيل ، لأننا بصدد ضمان يفرضه القانون لاعتبارات معينة حتى يسر للمضروب الحصول على التعويض .

وما دام أن هذا هو الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المتبوع ، فإن هذه المسؤولية تتحقق حتى لو كان المتبوع غير مميز . إذ القانون هو مصدر الضمان الذي تقوم عليه هذه المسؤولية ، ومن ثم لا يشترط التمييز لقيامها .

وينبني على ذلك أنه إذا توفرت شروط مسؤولية المتبوع فإن هذه المسؤولية تتحقق دون أن يكون في وسع المتبوع أن يدافع عن نفسه بأية وسيلة ، إذ لا تصح مناقشة قاعدة موضوعية لاستبعاد تطبيقها .

وما يقال من أن المتبوع يستطيع أن يدفع مسئوليته بنفى مسؤولية التابع استناداً الى سبب أجبنى قول تعوزه الدقة . إذ أن مسؤولية المتبوع لا تقوم إلا إذا تحققت مسؤولية التابع ، فإذا انتفت هذه الأخيرة فإن الأولى لا تقوم لعدم توافر الشروط اللازمة لذلك . ويبقى أمام المتبوع أن يرجع بما أداه من تعويض على تابعه .

وحكم المادة المقترحة ، إذ يلزم المتبوع بضمان الفعل الضار الذي يقع من تابعه ، إنما يهدف الى حماية المضروب وتيسير حصوله على التعويض على أساس من التكافل الاجتماعي . ويبقى أمام المتبوع أن يرجع بما أداه من تعويض على تابعه . وبذلك فإن هذا الحكم يتفق مع القاعدة الشرعية التي تدعو الى التكافل الاجتماعي والأخذ بيد المضروب كلما أمكن ذلك .

(مادة ١٧٨)

للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما دفعه من تعويض عن الضرر الذي أحدثه هذا الغير .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ١٧٥ من التقنين الحالي التي تنص على أن « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر » .

وتطابق في حكمها المادة ٢٢٠ من التقنين العراقي التي تنص على أن « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه » .

وتطابق في حكمها المادة ٢/٢٨٨ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « ولئن أدى الضمان أن يرجع بما دفع على المحكوم عليه به » .

وتطابق في حكمها المادة ٢٤١ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « للمسئول عن عمل الغير أن يرجع عليه بكل ما يدفعه للمضروب تعويضاً عن عمله غير المشروع » .

وحق المسئول في الرجوع على الغير بما دفعه للمضروب يرجع الى أنه ضامن وليس مسئولاً مسؤولية شخصية . وبذلك يعتبر تطبيقاً للقاعدة الشرعية التي تقضي بأنه لا يسأل أحد عن فعل غيره . وهو ما جاء في الآية الكريمة : « ولا تزر وازرة وزر أخرى » .

(مادة ١٨٠)

١ - يعتبر حارساً للشيء من له بنفسه أو بواسطة غيره سلطة فعلية عليه في رقابته والتصرف في أمره لحسابه الخاص ، ولو كان غير مميز .

٢ - ويفترض أن مالك الشيء هو حارسه ، ما لم يثبت أن الحراسة قد انتقلت إلى غيره .

٣ - وتظل الحراسة على الحيوان ولو ضل أو تسرب .

هذه المادة مستحددة .

وهي تتناول في فقرتها الأولى تعريف الحراسة وفق ما استقر عليه الفقه والقضاء ، فتتطلب في الحارس أن تكون له سلطة فعلية على الشيء ، سواء كان يباشر هذه السلطة بنفسه أو بواسطة غيره تابعه مثلاً ، أو من له الولاية عليه إذا كان غير مميز . وتبرز في الوقت ذاته عدم اشتراط التمييز لدى الحارس مادامت السلطة الفعلية على الشيء تجوز مباشرتها بواسطة الولي .

وقد قصد بالنص على ذلك حسم الخلاف الذي ثار في هذا الشأن ، وذلك باختيار الرأي الذي يتسق مع ما استقر عليه الفقه والقضاء في مصر فيما يتعلق بعدم اشتراط التمييز لدى المتبوع . وانواع أن قيام مسئولية المتبوع على أساس الضمان وكون المتبوع في هذه الحالة قد فرضها القانون لا يترك مجالاً للشك في قيام مسئولية المتبوع غير المميز كما فصلنا فيما تقدم . وفي الحالة التي نحن بصددتها أيضاً ، فإن قيام مسئولية الحارس على فكرة التضامن أو التداول الاجتماعي ، وكون أساسها الضرر وليس الخطأ ، ينبغي عليه أن يكون الحارس مسئولاً ولو كان غير مميز . فهذا حكم كان يمكن الوصول إليه في سر بدون نص ، وإنما يأتي النص لكي يستبعد أي شك أو جدل في هذا الخصوص .

وتفترض الفقرة الثانية من النص أن مالك الشيء هو حارسه . حيث يعتبر مالك الشيء هو في الأصل الحارس . وهذا افتراض تنهض به القواعد العامة في عبء الإثبات . فالأصل أن مالك الشيء هو الحارس ، وعلى من يدعى خلاف ذلك أن يثبت ما يدعيه . فإذا رفع المضرور الدعوى على المالك فلا يكون عليه أن يثبت أن المالك هو الحارس ، إذ يعود هذا الافتراض لصالحه ، بل يكون على المالك أن يثبت أنه لم يكن هو الحارس وقت وقوع الضرر فيتخلص من المسؤولية .

وتقرر الفقرة الثالثة من النص حكماً خاصاً بحراسة الحيوان كان وارداً في التقنين الحالي في المادة ١٧٦ ، واقتضت صياغة النصوص إضافته إلى النص الذي يعرف الحارس ويحدد مناهج الحراسة .

(المادة ١٨١)

يجوز لمن كان مهتماً بضرر يصيبه من شيء في حراسة آخر أن يطالب مالك هذا الشيء أو حارسه باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لتبرئ الخطر ، فإن لم يقم المالك أو الحارس بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على نفقته .

هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « يجوز لمن كان مهتماً بضرر يصيبه من

والنص المقترح تقابله المادة ٢٤٤٣/١ و ٢ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - كل من يتولى حراسة شيء مما يتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منه يلتزم بتعويض الضرر الذي يحدثه هذا الشيء ، ما لم يثبت أن هذا الضرر قد وقع بسبب اجنبى من قوة فاعره أو حادث تجاني أو فعل المضرور أو فعل الغير .

٢ - وتعتبر من الأشياء التي تتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منها ، السيارات والطائرات وغيرها من المركبات الأخرى والآلات الميكانيكية والسفن ، والأسلحة والأسلاك والمعدات الكهربائية ، والحيوانات ، والمباني ، وكل شيء آخر يكون بحسب طبيعته أو بحسب وضعه ، مما يعرض للخطر .

وتقابله المواد ٢٢١ - ٢٢٦ و ٢٢٩/١ و ٢٣١ من التقنين العراقي وتقابله المواد ٢٨٩ و ٢٩٠/١ و ٢٩١ من التقنين الأردني .

ويلاحظ أن المسئولية في حكم النص المقترح تقرها قاعدة موضوعية ، بمعنى أن القاعده الواردة في هذا النص تقرر حكماً موضوعياً وليست قاعدة إثبات . ومن ثم فهي لا تتضمن قرينة قانونية على خطأ الحارس . وما يقال من أنها تشتمل على قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس قول ليس له معنى قانوني . فهو ليس إلا تعبيراً غير سليم عن قاعدة موضوعية . ذلك أن فكرة القرينة القاطعة فكرة مشكوك في صحتها ، إذ الدليل لا بد أن يقبل إثبات العكس ، فإذا امتنع هذا الإثبات أصبحنا بصدد قاعدة موضوعية حقيقية .

كما أن هذه المسئولية تقوم على فكرة التضامن الاجتماعي ، فهي مسئولية أساسها الضرر وليس الخطأ ، وبذلك توفر حماية للمضرور أكثر من تلك التي توفرها النصوص المقابلة في التقنين العراقي والتقنين الأردني .

وينبغي على ذلك أنه إذا توفرت شروط هذه المسئولية ، وإهمها أن يكون الضرر قد وقع للغير بفعل الشيء بأن يكون الشيء قد تدخل تدخل إجبارياً كان هو السبب في أحداث الضرر ، فإن هذه المسئولية تتحقق دون أن يكون في وسع الحارس أن يدافعاً عن نفسه بآية وسيلة ، إذ لاتصح مناقشة قاعدة موضوعية لاستبعاد تطبيقها .

وما يقال من أن الحارس يستطيع أن يدفع مسئوليته بنفي علاقة السببية بين فعل الشيء والضرر الذي وقع ، وذلك بإثبات أن وقوع الضرر كان بسبب اجنبى قول يعوزه الدقة . إذ أن مسئولية الحارس لا تقوم إلا إذا ثبت أن ضرراً أصاب الغير بفعل الشيء بالمعنى الذي تقدم ذكره ، فإذا لم يثبت ذلك فإن مسئولية الحارس لا تتحقق لعدم توفر الشروط اللازمة لقيامها .

ولهذا أغفلنا في النص المقترح العبارة الأخيرة في نص المادة ١٨٦ ونص المادة ١٧٨ من التقنين الحالي التي تقول « ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث (أو الضرر) كان بسبب اجنبى لا بد له فيه » .

وقيام هذه المسئولية على فكرة التضامن أو التكافل الاجتماعي ، باعتبار أن أساسها الضرر وليس الخطأ ، يجعلها متفقة مع القاعدة الشرعية التي تدعو إلى التكافل الاجتماعي (انظر ٨٧ و ٨٨ و ٩٢٦ و ٩٢٩ و ٩٣٤ من المجلة) .

للمراقبة ، وكما في حالة مسئولية المتبوع حيث له أن يرجع بما دفعه على التابع . والتعديل المقترح يوضح ذلك ، لأن المكسب بالرفابة لا يعتبر شريكا للمشمول بالرفابة في أحداث الضرر ، وكذلك المتبوع لا يعتبر شريكا للتابع .

(مادة ١٨٢)

يقدر القاضي التعويض بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب ، مراعيًا في ذلك الظروف الملائسة ، وبشرط أن يكون ما أصاب المضرور نتيجة طبيعية للفعل الضار . فإذا لم يتيسر له أن يعين مقدار التعويض تعيينًا نهائيًا ، فإنه أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بأعادة النظر في التقدير .

هذه المادة تقابل المادة ١٧٠ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقًا لأحكام المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ مراعيًا في ذلك الظروف الملائسة ، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينًا نهائيًا ، فإنه أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بأعادة النظر في التقدير . »

وجاء في الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من هذا التقنين أن « التعويض يشمل مالحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . » ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول . »

أما المادة ٢٢٢ من هذا التقنين فتتناول التعويض عن انضرر الادبي الذي تنص عليه المادة التالية في المشروع المقترح .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢٠٧ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « ١ - تدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ٢٠ - وببذل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الأعيان ويجوز أن يشتمل الضمان على الأجر . »

وكذلك المادة ٢٠٨ من هذا التقنين التي تنص على أنه « إذا لم يتيسر للمحكمة أن تحدد مقدار التعويض تحديدًا كافيًا فلها أن تحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بأعادة النظر في التقدير . »

وتقابل المادة ٢٦٦ من التقنين الاردني التي تطابق الفقرة الأولى من المادة ٢٠٧ من التقنين العراقي . وكذلك المادة ٢٦٨ من هذا التقنين التي تطابق المادة ٢٠٨ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٢٣١ من مشروع التقنين الكويتي ، التي تنص على ما يأتي : « ١ - يتحدد الضرر الذي يلتزم المسئول عن العمل غير المشروع بالتعويض عنه بالخسارة التي وقعت والكسب الذي فات ، طالما كان ذلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع . »

البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدفع الخطر ، فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه . »

والنص المقترح يعمم الحكم الوارد في نص التقنين الحالي في خصوص مسئولية مالك البناء ، بحيث يشمل الحكم جميع الأشياء التي تهدد الغير بضرر ، إذ لا مسوغ لأن يخص الشارع حارس البناء بهذا الحكم وحده في حين أن الحيوان يمكن أن يهدد الغير بالضرر ، وكذلك بعض الأشياء غير الحية بالمرفعات وغيرها .

وهذا الحكم وقائي ، أريد به أن يواجه حالة يكون الشخص فيها مهددا بضرر يصيبه من شيء في حراسه آخر . فيجوز لمن يهدده الضرر أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدفع الخطر ، كما يجوز له أن يطالب بذلك الحارس إذا لم يكن هو المالك . ويجوز له في حالة عدم قيام المالك أو الحارس بالتدابير اللازمة رغم المطالبة أن يحصل على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على نفقة المالك أو الحارس .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ١/٢٤٤ و ٢ من التقنين الكويتي .

الفرع الثالث

أحكام عامة

(مادة ١٨٢)

١ - إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار ، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر .

٢ - وتكون المسئولية فيما بين الشركاء في ارتكاب الفعل الضار بالتساوي ، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض .

هذه المادة تقابل المادة ١٦٦ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض . »

وقد أدخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

أولاً - أفردت فقرة أولى لتقرر التضامن بين المسئولين عن الفعل الضار ، لأن حكمها عام يشمل كل مسئول ، سواء كان مسئولاً عن فعله الشخصي أو عن فعل الغير أو عن الأشياء .

ثانياً - أفردت فقرة ثانية لبيان توزيع المسئولية بين من اشتركوا بفعلهم الشخصي في ارتكاب الفعل الضار . واقتضى هذا أن تستبدل عبارة « فيما بين الشركاء في ارتكاب الفعل الضار » بعبارة « فيما بينهم » . فهذا تعديل في نص التقنين الحالي قصد به إيضاح أن المسئولية لا تكون بالتساوي إلا إذا كان كل مسئول قد أسهم بفعله الشخصي في ارتكاب الفعل الضار .

أما إذا تعدد المسئولون ، وكان أحدهم مسئولاً عن فعله الشخصي والآخر مسئولاً عن فعل الغير ، فإن المسئولية لا توزع بالتساوي ، إذ قد يتحمل شخص واحد فقط عبء التعويض كله ، كما في حالة مسئولية المكلف بالمراقبة حيث له أن يرجع بما دفعه على المخاضع

ثالثا - افردت فقرة ثالثة لحالة التعويض عما يصيب الشخص من الم من جراء موت المصاب .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢٠٥ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك . فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدى مسئولا عن التعويض .

٢ - ويجوز أن يقضى بالتعويض للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر ادبي بسبب موت المصاب .

٣ - ولا ينتقل التعويض عن الضرر الادبي الى الغير الا اذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي .

وتقابل المادة ٢٦٧ من التقنين الاردني التي تطابق المادة ٢٠٥ من التقنين العراقي المذكور .

وتطابق في حكمها المادة ٢٣١ من التقنين الكويتي .

وما جاء في المادة المقترحة يعتبر تطبيقا للقاعدة الشرعية التي يقول بها الفقه الاسلامي والتي تقضى بأن الضرر يزال (م ٢٠ من المجلة) ، وأن الضرر يدفع بقدر الامكان (م ٣١ من المجلة) .

(مادة ١٨٥)

١ - يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف . ويصح أن يكون التعويض مقسما ، كما يصح أن يكون ايرادا مرتبا ، ويجوز في هاتين الحالتين الزام المدين بأن يقدم تامينا .

٢ - ويقدر التعويض بالنقد . على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر باعادة الحال الى ما كانت عليه ، وأن يحكم باداء امر معين متصل بالفعل الضار ، وذلك على سبيل التعويض .

هذه المادة تطابق المادة ١٧١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٠٩ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها المادة ٢٦٩ من التقنين الاردني .

وتقابل المادة ٢٤٦ من التقنين الكويتي .

وما جاء في المادة المقترحة يعتبر تطبيقا للقاعدة الشرعية التي يقول بها الفقه الاسلامي والتي تقضى بأن الضرر يزال (م ٢٠ من المجلة) ، وأن الضرر يدفع بقدر الامكان (م ٣١ من المجلة) .

٢ - وتعتبر الخسارة الواقعة أو الكسب الفائت نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ، اذا لم يكن في المقدور تفاديها ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص العادي .

وكذلك المادة ٢٤٧ من هذا التقنين .

وما جاء في المادة المقترحة يعتبر تطبيقا للقاعدة الشرعية التي يقول بها الفقه الاسلامي والتي تقضى بأن الضرر يزال (م ٢٠ من المجلة) ، وأن الضرر يدفع بقدر الامكان (م ٣١ من المجلة) .

(مادة ١٨٤)

١ - يشمل التعويض الضرر الادبي كذلك . فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي ، يوجب لمسؤولية المتعدى عن التعويض .

٢ - وينتقل الحق في التعويض الى الورثة ، ما لم يثبت نزول المضرور عنه ، ولكن لا تجوز حوالة الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء .

٣ - ولا يجوز أن يقضى بالتعويض عما يصيب الشخص من ألم من جراء موت المصاب الا للأزواج والأقارب الى الدرجة الثانية .

هذه المادة تقابل المادة ٢٢٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يشمل التعويض الضرر الادبي ايضا ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء .

٢ - ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض الا للأزواج والأقارب الى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب .

وتختلف المادة المقترحة عن نص التقنين الحالي من الوجوه الآتية :

أولا - اضيفت في الفقرة الاولى اهم صور الضرر الادبي .

ثانيا - افردت الفقرة الثانية لحكم انتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي الى الغير . وهو يختلف عن حكم النص الحالي في أن انتقال الحق في التعويض الى الورثة لا يتوقف وفقا للنص المقترح على تجديده بالاتفاق أو رفع الدعوى كما جاء في النص الحالي ، وإنما يتوقف على عدم نزول المضرور عنه . أما حوالة الحق فيه فتتوقف على تقديره بمقتضى اتفاق أو مطالبة الدائن به أمام القضاء .

المضروب لخسارة تحمل به أو كسب يفوته بسبب عجز عن العمل مثلا ، فيحق له أن يطالب بالتعويض عن هذه الاضرار الأخرى فضلا عما يستحقه من دية أو أرش •

(مادة ١٨٩)

يقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار •

• هذه المادة تطابق الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ من التقنين الحالي

• وتطابق الفقرة الثالثة من المسانة ٢٥٩ من التقنين العراقي •

• وتطابق المادة ٢٧٠ من التقنين الاردني •

• وتطابق في حكمها المادة ٢٥٤ من التقنين الكويتي •

• وما جاء في المادة المقترحة يتفق مع القاعدة الشرعية التي تقضي بأن يتحمل الانسان وزر عمله • وقد جاء في الآية الكريمة : « كل نفس بما كسبت رهينة » •

(مادة ١٩٠)

١ - لا تسمع دعوى التعويض الناشئة عن الفعل الضار بعد انقضاء ثلاثة سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المضروب بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه • ولا تسمع هذه الدعوى في جميع الاحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار •

٢ - على انه اذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجزائية ما تزال مسموعة بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة ، فان دعوى التعويض لا يمتنع سماعها الا بامتناع سماع الدعوى الجزائية •

• هذه المادة تطابق في حكمها المادة ١٧٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضروب بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه • وتسقط هذه الدعوى في كل حال ، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع •

٢ - على انه اذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة ، فان دعوى التعويض لا تسقط الا بسقوط الدعوى الجنائية •

• وقد استبدل في هذه المادة تعبير « عدم سماع الدعوى » بتعبير « سقوط الدعوى » مع تعديلات لفظية أخرى •

• والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٢٧٢ من التقنين الاردني

• وتطابق في حكمها المادة ٢٥٣ من التقنين الكويتي •

• والفقرة الاولى منها تطابق في حكمها المادة ٢٣٢ من التقنين العراقي •

(مادة ١٨٦)

يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان المضروب قد اشترك بفعله في أحداث الضرر أو زاد فيه •

• هذه المادة تطابق في حكمها المادة ٢١٦ من التقنين الحالي التي تنص على أنه «يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في أحداث الضرر أو زاد فيه » • وتطابق المادة ٢٦٤ من التقنين الاردني •

• وتقابل المادة ٢١٠ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض أو ألا تحكم بتعويض ما إذا كان المتضرر قد اشترك بخطئه في أحداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سوء مركز المدين » •

• وتقابل المادة ٢٣٤ من التقنين الكويتي •

• وما جاء في المادة المقترحة يعتبر تطبيقا للقاعدة الشرعية التي يقول بها الفقه الاسلامي والتي تقضي بأن الضرر يزال (م ٢٠ من المجلة) ، وان الضرر يدفع بقدر الامكان (م ٣١ من المجلة) •

(مادة ١٨٧)

تسرى على المسائل المتعلقة بالدية والارش القواعد الواردة في هذا الشأن في القانون الجزائي •

• هذه المادة مستحدثة •

والدية ، وكذلك الارش وهو جزء من الدية ، عقوبة مالية • وهي تكون مقدرة في حالة القتل وفي حالة الجنائية (الجريمة) على مادون النفس على عضو تمكن فيه المماثلة • وتكون غير مقدرة ، حيث يترك تقديرها للقاضي ، في حالة الجنائية على مادون النفس على ما لا تمكن فيه المماثلة • ويتحقق ذلك بالنسبة الى أكثر الجراح والشجاج وأكثر ضروب الاذى •

ونظرا الى كون الدية أو الارش عقوبة مالية ، وليست ضمانا أي تعويضا مدنيا ، فان النص المقترح يحيل في شأنهما الى القانون الجزائي •

(مادة ١٨٨)

يجوز للمضروب ، فوق ما يجب له في حالتي الدية والارش ، أن يطالب بالتعويض عن أي ضرر آخر يلحق به •

• هذه المادة مستحدثة

• وحكمها ملحوظ فيه أن الدية أو الارش إنما هي مقابل لتلف النفس أو فقد العضو أو غير ذلك من ضروب الاذى • وهناك اضرار أخرى تلحق

الفصل الرابع

الاثراء بلا سبب

الفرع الأول

القاعدة العامة

(مادة ١٩١)

كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب شرعى على حساب شخص آخر ، يلتزم في حدود ما يثرى به بتعريض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الاثر فيما بعد .

هذه المادة تطابق المادة ١٧٩ من التقنين الحالى مع ابدال لفظ « شرعى » بلفظ « مشروع » .

وتطابق في حكمها المادة ٢٤٣ من التقنين العراقى .

وتطابق في حكمها المادة ٢٦٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادتين ٢٩٣ و ٢٩٤ من التقنين الأردنى .

والقاعدة التى تقرها المادة المقترحة تستند الى الحديث الشريف : « لا ياخذن أحدكم متاع أخيه جادا ولا لاعبا » . وكذلك الحديث الشريف : « على اليد ما أخذت حتى تؤدبه » (الشوكانى ، نيل الأوطار ج ٦ ص ٤٠ و ٦٢) .

وقد نصت المادة ٩٧ من المجلة فى هذا المعنى على أنه « لا يجوز لأحد أن ياخذ مال أحد بلا سبب شرعى » .

الفرع الثانى

دفع غير المستحق

(مادة ١٩٢)

١ - كل من قبض ما ليس مستحقا له وجب عليه رده .

٢ - على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالدفع يعلم أنه غير ملزم بما دفعه ، إلا أن يكون ناقص الأهلية ، أو يكون قد أكره على هذا الدفع ، أو يكون الدين الذى دفعه باطلا لمخالفته النظام العام أو الآداب .

هذه المادة تقابل المادة ١٨١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده .

٢ - على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه ، إلا أن يكون ناقص الأهلية ، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء » .

وقد أدخلت على هذه المادة تعديلات أفضية على النحو الوارد فى النص المقترح توخيا للدقة . كما أضيفت العبارة الأخيرة فى نهاية الفقرة الثانية التى تقول : « أو يكون الدين الذى دفعه باطلا لمخالفته النظام أو الآداب » . والغرض من هذه الاضافة أجازة استرداد الدين الباطل لمخالفته للنظام العام أو الآداب ، لأن علم الموفى بهذا السبب لا يمكن اعتباره منطويا على إرادة صحيحة بالتبرع بالموفى به ، إذ أن مخالفة سبب الدين للنظام العام أو الآداب كما تبطله تبطل كذلك قصد التبرع به .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تطابق فى حكمها الفقرة الأولى من المادة ٢٢٣ من التقنين العراقى التى تنص على أن « من دفع شيئا ظانا أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق » .

وتطابق فى حكمها المادة ١٩٦ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « من أدى شيئا ظانا أنه واجب عليه ثم تبين عدم وجوبه فله استرداده ممن قبضه إذا كان قائما ومثله أو قيمته إن لم يكن قائما » .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٦٤ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « كل من تسلم ما ليس مستحقا له ، يلتزم برده » .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتتناول تفصيلات تتعلق بتطبيق الحكم الوارد فى الفقرة الأولى . وذلك فى حالة علم الموفى بأنه غير ملزم بما دفعه .

والقاعدة التى تضمنتها الفقرة الأولى من المادة المقترحة ليست الا تطبيقا للقاعدة العامة الواردة فى المادة السابقة . ومن ثم تستند الى الحديثين الشريفين اللذين تقدم ذكرهما . وقد نصت المادة ٩٧ من المجلة فى هذا المعنى على أنه « لا يجوز لأحد أن ياخذ مال غيره بلا سبب شرعى » . ونصت المادة ٢٠٧ من مرشد الجيران على أنه « من دفع شيئا ظانا أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه منه بغير حق » .

وجدير بالذكر أن الفقه الإسلامى يجعل قبض غير المستحق مضدرا للالتزام على نطاق واسع . فلو أن شخصا ظن أن عليه دينا فبان خلافه رجع بما أدى (الأشباه والنظائر ج ١ ص ١٩٤) . ومن دفع شيئا ليس واجبا عليه فله استرداده إلا إذا دفعه على وجه الهبة (شرح الأشباه والنظائر ج ١ ص ١٩٤) . ومن دفع رشوة له أن يستردها لأن العقد الذى دفع به الرشوة باطل (مجمع الضمانات ص ٤٥٨) . ومن عجل الوفاء بالدين قبل حلول الأجل استرد ما يقابل الأجل (مجمع الضمانات ص ٤٥٩) .

(أنظر فى هذا : عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج ١ ص ٥٨ و ٥٩) .

ويتضح من هذا العرض أن العبارة التى أضيفت الى الفقرة الثانية من النص المقترح . وهى التى تقضى بأن الموفى يحق له أن يسترد إذا كان الدين الذى دفعه باطلا لمخالفته النظام العام أو الآداب ، لها سند من الفقه الإسلامى الذى يرى أن من دفع رشوة له أن يستردها لأن العقد

٢ - على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً الزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بالسعر القانوني أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل .

وتقابل المادة ٢٩٨ مو التقنين الأردني التي تنص على أنه « يصح كذلك استرداد ما دفع وفاء لدين لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل » .

وتقابل المادة ٢٦٥ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يحل أجله ، وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل ، جاز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر » .

وقد رأينا فيما تقدم أن الفقه الاسلامي يذهب الى أن من عجل الوفاء بالدين قبل حلول الأجل استرد ما يقابل الأجل . وقد جاء في مجمع الضمانات ان المراجعة التي لم تستحق ودفعت تسترد ، كما اذا قضى المديون الدين المؤجل قبل حلول الأجل ، أو مات فأخذ من تركته ، فجواب المتأخرين أنه لا يؤخذ من المراجعة التي جرت المراجعة بينهما الا بقدر ما مضى من الأيام . ولو أخذ المقرض المراجعة قبل مضي الأجل ، فلمديون أن يرجع منها بحصة ما بقي من الأيام (مجمع الضمانات ص ٤٥٩) عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ١ ص ٥٨ و ٥٩ .

ويتضح من هذا أن الحكم الوارد في المادة المقترحة له سند من الفقه الاسلامي .

(مادة ١٩٥)

لامحل لاسترداد غير المستحق اذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن ، وهو حسن النية ، قد تجرد من سند الدين ، أو مما حصل عليه من التأمينات ، أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي المدة المحددة رسماءها . ولئن أوفى أن يرجع على المدين الحقيقي بالدين ان كان له مقتصر .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ١٨٤ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « لامحل لاسترداد غير المستحق اذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن ، وهو حسن النية ، قد تجرد من سند الدين ، أو مما حصل عليه من التأمينات ، أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم . ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء » .

وقد أدخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد في النص المقترح .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٢٩٩ من التقنين الأردني . وتطابق في حكمها المادة ٢٦٦ من التقنين الكويتي .

الذي دفع به الرشوة باطل (مجمع الضمانات ص ٤٥٨) . كما يتضح أن ما جاء في هذه الفقرة من أن الموفى لا يسترد اذا كان يعلم أنه غير ملزم بما دفعه له سنده أيضاً من هذا الفقه ، لأن ما دفعه يكون على وجه الهبة (شرح الأشباه والنظائر غمز عيون البصائر) ج ١ ص ١٩٤ . أما جواز الاسترداد بمقتضى هذه الفقرة في حالتى نقص الأهلية والاكراه ، رغم علم الموفى بأنه غير ملزم بما دفعه فيرجع الى عدم صحة الوفاء .

(مادة ١٩٣)

يصح استرداد غير المستحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يتحقق سببه ، أو للالتزام زال سببه بعد أن تحقق .

هذه المادة تطابق المادة ١٨٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٩٧ من التقنين الأردني .

وقد نصت المادة ٧٢ من المجلة في معنى الحكم الوارد في هذه المادة على ما يأتي : « لاعتبرة بالظن البين خطؤه . مثلاً اذا دفع الكفيل الدين وكان الاصيل قد أداه أو أبراه الدائن منه ولم يعلم به كان له الرجوع على الدائن بما دفع » .

(مادة ١٩٤)

يصح كذلك استرداد ما دفع وفاء للالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل . على أنه يجوز للدائن في هذه الحالة أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر .

هذه المادة تقابل المادة ١٨٣ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يصح كذلك استرداد غير المستحق ، اذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل » .

٢ - على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً ، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل » .

وقد احتفظ في النص المقترح بحكم هذه المادة مع افعال التطبيق المنصوص عليه في الجزء الأخير من الفقرة الثانية تجنباً لما يثير فكرة الربا .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢٣٥ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا وفى المدين التزاماً لم يحل أجله طائفاً أنه قد حل فله استرداد ما دفع » .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ١٨٦ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به » .

وقد أدخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد في النص المقترح .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها الفقرة الأولى من المادة ٢٣٤ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا كان من تسلم الشيء غير المستحق ناقص الأهلية فلا يكون ملتزماً إلا برد ما كسب حتى لو كان سيء النية » .

وتطابق في حكمها المادة ٢٦٨ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً بالرد إلا في حدود ما عاد عليه من نفع معتبراً قانوناً » .

وقد أريد من الحكم الوارد في النص المقترح حماية ناقص الأهلية . ويذهب الفقه الاسلامي الى أنه إذا تعامل شخص مع ناقص الأهلية فلا يكون العقد صحيحاً ، ولكن له الرجوع على ناقص الأهلية بمقدار ما أثرى (مجمع الضمانات ص ٤٨٨ م ٢١٨ من مرشد الحيران . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ١ ص ٦٠) .

الفرع الثالث

الفضالة

(مادة ١٩٨)

الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملتزماً بذلك .

هذه المادة تطابق المادة ١٨٨ من التقنين الحالي .

وتطابق الفقرة الأولى من المادة ٢٦٩ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٣٠١ من التقنين الأردني التي تنص على أن « من قام بفعل ناقص للغير دون أمره ولكن أذنت به المحكمة أو أوجبت ضرورة أو قضى به عرف فانه يعتبر نائباً وتسرى عليه الأحكام التالية » .

وفي الفقه الاسلامي في المذهب الحنفي قد تستوجب الضرورة الولاية دفعا للضرر ويقرها الشارع بناء على ذلك (راجع مجمع الضمانات ص ٢٨٦ . وانظر التطبيقات المذكورة تحت المادة التالية) .

وقد نصت المادة ١١٢ من المجلة على أن « الفضولي هو من يتصرف بحق الغير دون اذن شرعي » .

(مادة ١٩٦)

١ - إذا كان من قبض غير المستحق حسن النية ، فلا يلتزم الا برد ما قبضه . إذا كان سيء النية ، فانه يلتزم كذلك برد الثمار التي جناها أو التي قصر في جنيها ، وذلك من يوم القبض أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية .

٢ - وعلى أي حال يلتزم من قبض غير المستحق برد الثمار من يوم رفع الدعوى .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ١٨٥ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم .

٢ - أما إذا كان سيء النية فانه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التي جناها أو التي قصر في جنيها من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية .

٣ - وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمار من يوم رفع الدعوى .

وقد أدمجت الفقرة الثانية من هذه المادة في الفقرة الأولى ، كما أدخلت عليها تعديلات لفظية على النحو الوارد في المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٢٦٧ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٢٤٤ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - من دفع شيئاً ظاناً أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق .

٢ - وإذا كان من تسلم غير المستحق سيء النية وقت التسلم أو بعده فانه يلزم أيضاً برد كل ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من الشيء وذلك من يوم أن تسلم غير المستحق أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية . وفي كل الأحوال يلزم برد ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من يوم رفع الدعوى . ويلزمه الضمان من وقت أن صار سيء النية إذا هلك الشيء أو ضاع ولو بغير تعد منه .

وتقابل المادة ٣٠٠ من التقنين الأردني التي تقول : « على المحكمة أن تلزم من قبض شيئاً بغير حق أن يرده الى صاحبه ولها علاوة على ذلك أن تأمر برد ما جناه القابض من مكاسب أو منافع ولها أيضاً أن تعوض صاحب الحق لقاء ما قصر القابض في جنيبه » .

(مادة ١٩٧)

إذا كان من قبض غير المستحق ناقص الأهلية ، فلا يلتزم برد ما قبضه إلا بالقدر الذي أثرى به على وجه شرعي .

كما نص تقنين الموجبات والعقود اللبناني في المادة ١٦٠ في هذا الصدد على ما يأتي : « على أنه لا يمكن الاحتجاج بمخالفة مشيئة رب المال اذا كانت الضرورة الماسة قد اضطرت الفضولي : ١ - الى القيام بموجب على رب المال ناشئ عن القانون تستوجب المصلحة العامة القيام به : ٢ - الى القيام بموجب قانوني يختص بتقديم الطعام أو نفقات مأتم أو غير ذلك من النفقات الضرورية » .

والمادة المقترحة يقف من ورائها واجب خلقى يفرضه الشرع بصرف النظر عن ارادة رب العمل . حيث ينطبق حكمها في حالتين استثنائيتين يعتبر الشخص فيهما فضوليا بالرغم من أن رب العمل قد نهاء عن التدخل في شئونه :

الحالة الأولى : اذا أراد الشخص بتدخله أن يقوم بالتزام فرضه القانون على رب العمل لسد حاجة ملحة كتقديم نفقة أو تجهيز ميت .

والحالة الثانية : اذا أراد الشخص بتدخله أن يقوم بالتزام فرضه القانون على رب العمل وقضت بأدائه مصلحة عامة . كان يكون هناك بناء آيل الى السقوط بحيث يهدد السكان والمساكن بخطر التهدم ، فيطلب شخص من مالكة أو حارسة أن يرممه أو يسمح له بالقيام بهذا الترميم ، فيرفض المالك أو الحارس وينهى الشخص عن القيام بالترميم . في هذه الحالة تتحقق الفضايلة اذا قام الشخص بالترميم رغم هذا النهي ، لأن القانون يفرض واجب الترميم وتقضى المصلحة العامة بالقيام به . ويلاحظ أن الحكم في هذا المثل عام ، بحيث يشمل من هو مهدد بضرر يصيبه من تهدم البناء كما يشمل غيره . فقد تقدم أنه يجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من شيء في حراسة آخر أن يطالب مالك هذا الشيء أو حارسة باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فان لم يقم المالك أو الحارس بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على نفقته (م ١٨١ من المشروع) . أما في المثل المذكور فقد يكون الفضولي شخصا لا يتهدهد خطر من تهدم البناء .

(مادة ٢٠١)

تسرى قواعد الوكالة اذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي .

هذه المادة تطابق المادة ١٩٠ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٠٢ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٢٧٠ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٠٢)

يجب على الفضولي أن يهضي في العمل الذي بدأه الى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ، كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك .

(مادة ١٩٩)

تتحقق الفضايلة ولو كان الفضولي ، في أثناء توليه شأنًا لنفسه ، قد تولى شأن غيره كما بين الشائين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر .

هذه المادة تطابق المادة ١٨٩ من التقنين الحالي .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ٢٦٩ من التقنين الكويتي . ولحكمها تطبيقات عديدة في الفقه الاسلامي :

فقد نصت المادة ١٣١٠ من المجلة على أنه « اذا احتاج الملك المشترك الى التعمير واحد الشريكين غائب وأراد الآخر التعمير فإنه يستأذن الحاكم ويصير إذن الحاكم قائما مقام إذن الغائب صاحب الحصّة يعنى أن تعميم صاحب الحصّة الحاضر الملك المشترك بإذن الحاكم هو في حكم أخذه الإذن من شريكه الغائب فيرجع عليه بحصته من الصرف » .

وإذا رهن الأب مال الصبي بدين نفسه وأدرك الولد والرهن قائم عند المرتين فلو قضى الولد دين أبيه وأفتك الرهن لم يكن متبرعا ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لأنه مضطر الى قضاء الدين اذ لا يمكنه الوصول الى ملكه الا بقضاء الذين كله فكان مضطرا فيه فلم يكن متبرعا بل يكون مأمورا بالقضاء من قبل الأب دلاله فكان له أن يرجع عليه بما قضى (الكاساني ج ٦ ص ٧٣ - ١٢٦) .

ومن وجد الضالة وأنفق عليها بأمر القاضى يكون ديناً على مالكتها وإذا أنفق بغير إذن القاضى يكون متبرعا (الكاساني ج ٦ ص ٢٠٣) . (راجع مجمع الضمانات ، ص ٤٤٨ - ٤٥٠) .

(مادة ٢٠٠)

تتحقق الفضايلة كذلك ولو كان تدخل الفضولي في شئون غيره مخالفا لارادة هذا الغير ، اذا كان ذلك التدخل تنفيذا لالتزام فرضه القانون ودعت اليه حاجة ملحة أو قضت بأدائه مصلحة عامة .

هذه المادة مستحدثة

وقد كانت الفقرة الثانية من المادة ٢٦٣ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالي بعد تعديلها في لجنة المراجعة تنص في هذا الصدد على ما يأتي : « وكذلك تطبق قواعد الأثراء بلا سبب اذا تدخل شخص في شأن لغيره مخالفا بذلك ارادة هذا الغير معروفة كانت هذه الارادة أو مقترضة . ومع ذلك تطبق قواعد الفضايلة ولا يعتد بهذه الارادة المخالفة اذا كان المراد من التدخل سد حاجة ملحة اقتضاها وجود التزام فرضه القانون على رب العمل وقضت بأدائه مصلحة عامة كالالتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز ميت » . ولكنها حذفت في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ لأنها تتعرض لتفصيلات تغنى عنها القواعد العامة .

هذه المادة تطابق المادة ١٩١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٠٣ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٢٧١ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٠٣)

يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بعمله عناية الشخص العادي، ويكون مسؤولاً عن فعله الضار . ومع ذلك يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب على هذا الفعل الضار إذا كانت الظروف تبرر ذلك .

هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ١٩٢ من التقنين الحالي مع استبدال عبارة « الفعل الضار » بلفظ « الخطأ » تمشياً مع الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية عن العمل غير المشروع .

وتطابق المادة ٢٧٢ من التقنين الكويتي التي تطابق في حكمها المادة ١٩٢ من التقنين الحالي .

وتقابل المادة ٣٠٤ من التقنين الأردني التي تنص على أن « الفضولي مسئول عما يلحق رب العمل من أضرار وللمحكمة تحديد الضمان إذا كانت الظروف تبرر ذلك » .

(مادة ٢٠٤)

١ - إذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل أو بعضه كان مسؤولاً عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب .

٢ - وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد ، كانوا متضامنين في المسؤولية .

هذه المادة تطابق الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١٩٢ من التقنين الحالي .

والفقرة الأولى منها تطابق المادة ٣٠٥ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ٢٧٣ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٠٥)

يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة ، وتقديم حساب عما قام به .

هذه المادة تطابق المادة ١٩٣ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٠٦ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ٢٧٤ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٠٦)

يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية ، والنافعة التي سوغتها الظروف ، وأن يعرضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل . ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته .

هذه المادة تطابق المادة ١٩٥ من التقنين الحالي ، مع حذف عبارة « مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها » التي جاءت في النص الحالي بعد عبارة « وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف » .

وتطابق المادة ٢٧٦ من التقنين الكويتي . وتقابل المادة ٣٠٧ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« على رب العمل أن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف وأن يعرضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل ولا يستحق الفضولي أجراً عن عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » .

ويلاحظ أن التقنين الأردني في المادة ٣٠١ منه يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل .

(مادة ٢٠٧)

١ - إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد ، فلا يكون مسؤولاً عن إدارة ، إلا بالنسبة إلى أئري به ، ما لم تكن مسؤوليته ناشئة عن فعل ضار .

٢ - إذا رب العمل فتبقى مسؤوليته كاملة ، ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد .

هذه المادة تطابق المادة ١٩٦ من التقنين الحالي .

والفقرة الأولى منها تطابق المادة ٢٧٧ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٠٨)

١ - إذا مات الفضولي ، التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل عند انتهاء الوكالة بموت الوكيل .

٢ - وإذا مات رب العمل ، بقي الفضولي ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم .

الباب الثاني

آثار الالتزام

الفصل الأول

أحكام عامة

(مادة ٢١١)

١ - ينفذ الالتزام جبراً على المدين .

٢ - ومع ذلك ، إذا كان الالتزام طبيعياً ، فلا جبر في تنفيذه .

هذه المادة تطابق المادة ١٩٩ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٨٠ من مشروع التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها المادة ٣١٣ من التقنين الأردني التي تنص على

« ما يأتي » ١ - ينفذ الحق جبراً على المدين به عند استحقاقه متى استوفى الشرائط القانونية ٢ - فإذا افتقد الحق حماية القانون لأي سبب فلا جبر في تنفيذه ويصبح حقاً طبيعياً يجب في ذمة المدين » .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تتناول الالتزام الكامل الذي يتوافر فيه فيه عنصر المديونية وعنصر المسؤولية ، ويقال له التزام مدني ، حيث ينفذ جبراً على المدين .

أما الفقرة الثانية فتتناول الالتزام الطبيعي ، وهو الذي يتوافر فيه عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية ، فلا يكون هناك ثمة جبر في تنفيذه .

وهذا التمييز بين الالتزام المدني والالتزام الطبيعي يقابله في الفقه الاسلامي التمييز بين الواجب قضاء والواجب ديانة . فالالتزام المدني أو الواجب قضاء يجبر المدين على تنفيذه . والالتزام الطبيعي أو الواجب ديانة لا جبر في تنفيذه .

والالتزام الطبيعي واجب أدبي أو أخلاقي يرتفع به القانون عن مستوى الواجب الأدبي المجرد ، فيرتب عليه بعض الآثار القانونية ، وبذلك يقربه من الالتزام المدني . وهو يقتصر على التزامات كانت في أصلها التزامات مدنية ثم أصبحت التزامات طبيعية لوجود مانع من المطالبة كما في حالة تقادم الدين ، بل يشمل كذلك التزامات كانت في أصلها مجرد واجبات أدبية ثم أصبحت التزامات طبيعية ، كتعويض شخص عن ضرر غير مباشر لا يجب التعويض عنه قانوناً أو الاتفاق على قريب معوز لا تجب نفقته قانوناً . وعلى هذا النحو يمتد نطاق الالتزامات الطبيعية الى كل التزام يوجب الضمير ، وهذا هو نطاق الواجب الأدبي

هذه المادة تطابق المادة ١٩٣ من التقنين الحالي مع تعديلات لفظية في الفقرة الأولى .

وتطابق المادة ٣٠٨ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ٢٧٥ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٠٩)

لا تسمع دعوى الإثراء بلا سبب في جميع الأحوال المتقدمة بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع . وعلى كل حال لا تسمع الدعوى بعد انقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه هذا الحق .

هذه المادة تطابق في حكمها المواد ١٨٠ و ١٨٧ و ١٩٧ من التقنين الحالي . حيث روي أفراد مادة واحدة لجميع الحالات التي لا تسمع فيها دعوى الإثراء بلا سبب ، سواء أسست الدعوى على القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب ، أو على دفع غير المستحق ، أو على الفضالة .

وهي تطابق المادة ٣١١ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادتين ٢٦٣ و ٢٧٨ من التقنين الكويتي .

الفصل الخامس

القانون

(مادة ٢١٠)

الالتزامات التي يرتبها القانون على وقائع أخرى ، غير العقد والارادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ، تسرى عليها النصوص القانونية التي أنشأتها .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ١٩٨ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التي أنشأتها » .

وقد عدلت صياغة هذه المادة على النحو الوارد في المادة المقترحة لان الصياغة المختارة أدق في الدلالة على المعنى المقصود ، إذ أن القانون يرتب الالتزامات دائماً على وقائع . وهي الصياغة التي اختارها الشارع الكويتي في المادة ٢٧٩ التي تنص على ما يأتي : « الالتزامات التي يرتبها القانون على وقائع أخرى ، غير العقد والارادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع ، تسرى في شأنها النصوص الخاصة بها » .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٢٤٥ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ١٩٨ من التقنين المصري الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٣١٢ من التقنين الأردني التي تطابق المادة ١٩٨ من التقنين المصري الحالي .

وفي الشريعة الاسلامية التزامات يرتبها الشرع من هذا القبيل ، كالالتزام بالنفقة ، والتزام الولي والوصي والقيم .

وقد كان القانون الروماني لا يجيز استرداد ما دفع وفاء لا لزام طبيعى حتى لو اعتقد المدين وقت الوفاء أن التزامه مدنى . وقد سار القانون الايطالى وكذلك المشروع الفرنسى الايطالى (م ٦١) على هذا النهج فاكثفيا بأن يكون الوفاء تلقائيا لا يشوبه تدليس أو اكراه . ثم تراجع الفقه الحديث ومعه التقنين الحالى فاشتراطا أن يكون الوفاء عن بينه واختيار فلا يشوبه غلط أو تدليس أو اكراه .

وما احرانا الآن أن نتوسع فى الآثار التى تترتب على الالتزام الطبيعى . حيث يكفى أن يتم الوفاء باختيار المدين . فلا يتوون للغط اعتبار فى هذا الشأن .

والمادة المقترحة تقابلها المادة ٣١٤ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « اذا أوفى المدين حقا طبيعيا فقد حماية القانون صح وفاؤه ولا يعتبر وفاء لما لا يجب » . وهذا النص يحتمل المعنى الذى ينطوى عليه النص المقترح ، وإن كانت المذكرة الايضاحية لهذا التقنين تشترط فى الوفاء بالالتزام الطبيعى أن يكون عن بينه بمعنى أن يدرك المدين أنه يستجيب بمقتضى الواجب ديانة وأنه غير ملزم قضاء به ، وذلك على غرار ما يشترطه التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٢٨٢ من التقنين الكويتى التى تطابق فى حكمها نص التقنين الحالى حيث تقول : « لا يسترد المدين ما اداه باختياره قاصدا أن يوفى التزاما طبيعيا ، ولا يعتبر صتبرعا بما اداه » .

(مادة ٢١٤)

يصلح الالتزام الطبيعى سببا لالتزام مدنى .

هذه المادة تطابق المادة ٢٠٢ من التقنين الحالى التى تنص على أن « الالتزام الطبيعى يصلح سببا لالتزام مدنى » . حيث يقتصر الاختلاف على تعديل لفظى .

وتطابق المادة ٢٨٣ من التقنين الكويتى .

والنص المقترح يتناول أثرا آخر من آثار الالتزام الطبيعى ، وهو أن هذا الالتزام يصلح سببا لانشاء التزام مدنى . فإذا وعد المدين بتنفيذ الالتزام الطبيعى كان هذا الوعد التزاما مدنيا يجبر على تنفيذه .

(مادة ٢١٥)

يكون اعدار المدين بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار ، مالم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تقابل المادة ٢١٩ من التقنين الحالى . وقد نقلت هي والمادة التالية لها من الفصل المتعلق بالتنفيذ بطريق التعويض فى التقنين الحالى الى الأحكام العامة الواردة فى صدر هذا الفصل ، لأن وجوب الاعذار وشكله وبحالات عدم لزومه ليس فيها مقصودا على التنفيذ بطريق التعويض .

الذى يحوطه الفقه الاسلامى باهتمامه البالغ نزولا على مقتضيات الاخلاق والآداب . ومن الطبيعى أن تقر الشريعة الاسلامية هذا المنحى ، وهى الشريعة التى تحض على البر والاحسان والوفاء بما يكون فى الذمة ولو لم يكن فى الوسع اقتضاؤه جبورا .

(مادة ٢١٢)

يقدر القاضى ، عند عدم النص ، ما اذا كان هناك التزام طبيعى . وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام .

هذه المادة تطابق المادة ٢٠٠ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٨١ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى : « يقدر القاضى ، عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب الادبى التزاما طبيعيا ، مراعىا فى ذلك الوعى العام فى الجماعة . وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام » .

وقد روعى فى حكم النص المقترح أن فكرة الالتزام الطبيعى ، الى جانب فكرة النظام العام والآداب وفكرة التعسف فى استعمال الحق ، تعتبر احدى المنافذ التى تدخل منها العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية الى النظام القانونى فى ثلاث بينه وبين التطور الذى يتعرض له المجتمع فى وقت معين . وفى غير الحالات التى يتدخل فيها الشارع بمقتضى نصوص يأخذ فيها بمقتضيات هذا التطور تقع على عاتق القاضى مهمة تحقيق هذه الملاءمة . فالقاضى يكاد يكون شارعا فى هذا النطاق . ويقدر ما يخطو القاضى فى هذا السبيل تضيق مسافة الخلف بين القانون والاخلاق . وعليه أن يستلهم فى هذا الصدد روح الشريعة ومبادئها كى ينقل من نطاق الاخلاق والآداب الى نطاق الالتزام الطبيعى .

(مادة ٢١٣)

اذا وفى المدين باختياره التزاما طبيعيا صح وفاؤه ، فلا يجوز له أن يسترد ما اداه .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « لا يسترد المدين ما اداه باختياره قاصدا أن يوفى التزاما طبيعيا » .

ومقتضى الحكم الوارد فى نص التقنين الحالى أنه لكى يصح الوفاء بالالتزام الطبيعى ، بحيث لا يجوز للمدين أن يسترد ما اداه ، يجب أن يكون هذا الوفاء عن بينه ، بمعنى أن يدرك المدين أنه يوفى بالالتزام طبيعى لاجبر عليه فى تنفيذه ، فهو يقوم بهذا الوفاء استجابة لضميره .

وقد روى فى النص المقترح مخالفة هذا الحكم الوارد فى التقنين الحالى . فلا يشترط لصحة الوفاء بالالتزام الطبيعى أن يكون المدين على بينة بالمعنى المذكور . وانما يصح وفاؤه ، ولو كان يعتقد أنه يوفى بالتزام مدنى مجبر على تنفيذه . فما دام أن الاعتبارات الأدبية والخلقية هى التى تقف وراء الالتزام الطبيعى ، فيكفى أن يرتفع الالتزام فى وعى الجماعة الى هذه المنزلة ، دون نظر الى وعى الفرد .

٢ - ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، ولو اعذر ، اذا اثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم اليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الهلاك .

٣ - على أن الشيء المسروق أو المعضوب اذا هلك أوضاع بأية صورة كانت ، فإن تبعة الهلاك تقع على السارق أو الفاسب .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠٧ من التقنين الحالي . وقد نقلت هذه المادة من الفصل المتعلق بالتنفيذ العيني الى صدر هذا الفصل ، لأن حكمها مرتبط بالاعذار ولا شأن له بالتنفيذ العيني .

وتنص المادة ٢٠٧ من التقنين الحالي على ما يأتي :

« ١ - اذا التزم المدين أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئا ولم يتم تسليمه بعد أن اعذر ، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الاعذار على الدائن .

٢ - ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، ولو اعذر ، اذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم اليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة .

٣ - على أن الشيء المسروق اذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت فإن تبعة الهلاك تقع على السارق . »

وقد ادخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

أولا - استبدال عبارة « اذا التزم المدين أن يسلم شيئا ولم يتم تسليمه بعد أن اعذر » بعبارة « اذا التزم المدين أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئا ولم يتم تسليمه بعد أن اعذر » ، لأن في العبارة الأولى ما يغني عن العبارة الواردة في صلب الفقرة الأولى من النص الحالي .

ثانيا - استبدال عبارة « تبعة الهلاك » بعبارة « تبعة الحوادث المفاجئة » الواردة في الفقرة الثانية من المادة .

ثالثا - اضافة الشيء المعضوب في الفقرة الثالثة ، حيث يسرى عليه في هذا الصدد حكم الشيء المسروق .

والمادة المقترحة تقابلها المادة ٢٨٧ من التقنين الكويتي .

الفصل الثاني

التنفيذ الجبري

الفرع الأول

التنفيذ العيني

(مادة ٢١٨)

١ - يجبر المدين ، بعد اعذاره ، على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا .

وتنص المادة ٢١٩ من التقنين الحالي على أن « يكون اعذار المدين بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار ، ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات ، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى أي إجراء آخر » .

وقد حذفت من نص هذه المادة عبارة « ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات » ، اكتفاء بعبارة « أو بما يقوم مقام الانذار » . كما استغنى عن عبارة « كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى إجراء آخر » بعبارة « ما لم يتفق على غير ذلك » .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٢٩٨ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « يكون اعذار المدين بانذاره ، أو بورقة رسمية تقوم مقام الانذار ، كما يجوز أن يكون الاعذار بأية وسيلة أخرى يتفق عليها » .

وتقابل المادة ٢٥٧ من التقنين العراقي التي تنص على أن « يكون اعذار المدين بانذاره ويجوز أن يتم الاعذار بأي طلب كتابي آخر كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى انذار » .

(مادة ٢١٦)

لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات الآتية :

(أ) اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين .

(ب) اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع .

(ج) اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك .

(د) اذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه .

(هـ) اذا نص القانون أو اتفق الطرفان على عدم لزوم الاعذار .

هذه المادة تطابق المادة ٢٢٠ من التقنين الحالي ، مع اضافة البند (هـ) الأخير ، اذ يتضمن حالة لاجدال في عدم لزوم الاعذار فيها .

وتطابق المادة ٣٦٢ من التقنين الأردني ، فيما عدا البند الأخير .

وتطابق في حكمها المادة ٢٥٨ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها المادة ٢٩٩ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢١٧)

١ - اذا التزم المدين أن يسلم شيئا ولم يتم تسليمه بعد أن اعذر ، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الاعذار على الدائن .

(مادة ٢١٩)

العقد الذي بمقتضاه تكسب ملكية شيء أو حق عيني آخر يفول من تلقاء ذاته هذا الحق ، إذا كان المعقود عليه شيئاً معيناً بالذات وكان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل في قانون تنظيم الشهر العقاري أو القواعد المتعلقة بالقيد في قانون السجل العيني بحسب الأحوال .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠٤ من التقنين الحالي التي تنص على أن « الالتزام بنقل الملكية أن أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » .

وتقابل المادة ٢٤٧ من التقنين العراقي ، وهي تطابق المادة ٢٠٤ من التقنين المصري الحالي .

وفي هذا الضدد يختلف التصوير الفني في الفقه الاسلامي عنه في فقه القانون الوضعي وهو الفقه اللاتيني . ففي الفقه الاسلامي ينتقل الملك بالعقد . أما في الفقه اللاتيني ، فالعقد ينشئ التزاماً بنقل الملك ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه فينتقل الملك تنفيذاً للالتزام لا بحكم العقد .

فجوهر الفكرة واحد في الفقهين ، والاختلاف في التصوير . فهذا الاختلاف في التصوير لا يمس الفكرة الجوهرية ، وهي أن الحق ينتقل بالعقد . وقد روي الأخذ بالتصوير الذي يقول به الفقه الاسلامي ، لأنه أدق من الناحية الفنية ، فإذا كان المعقود عليه شيئاً معيناً بالذات وكان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه ، فإن الحق العيني فيه يكسب بمجرد العقد ، ولا يكون هناك ثمة مجال للقول بوجود التزام بنقل الحق يقع على عاتق المتصرف ، ما دام أن العقد هو الذي يكسب الحق وقد يتطلب الشارع لهذا الكسب شروطاً خاصة ، كالأفراز في المنقول المعين بالنوع ، والتسجيل أو القيد في العقار ، فلا يكسب الحق إلا بتوافر هذه الشروط أعمالاً للقاعدة الأصولية وهي أن الحكم لا يترتب إلا إذا وجد سببه وتوافرت شروطه . قال السبب هنا هو العقد ، وكل من الأفراز والتسجيل أو القيد شروط لترتب الحكم .

ويلاحظ أن المادة المقترحة تشير فيها إلى القواعد المتعلقة بالتسجيل في قانون تنظيم الشهر العقاري والقواعد المتعلقة بالقيد في قانون السجل العيني ، فتراعى هذه القواعد وتلك بحسب ما إذا كان القانون المطبق هو قانون الشهر العقاري أو قانون السجل العيني . إذ أن هذا القانون الأخير ، وإن كان قد صدر برقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ ، إلا أنه لم يبدأ العمل به إلا في نطاق محدود ، وسيبقى قانون تنظيم الشهر العقاري معمولاً به زمناً طويلاً حتى يتيسر إدخال نظام السجل العيني تدريجياً على فترات متعاقبة بالقدر المستطاع .

انظر في الفقه الاسلامي مادة ٣٠٧ من مرشد الحيران .

٢ - على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين ، جاز للقاضي بناء على طلب المدين أن يقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠٣ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - يجب للمدين بعد إعداده طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً .

٢ - على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً .

وقد أدخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

أولاً - العدول عما يقضى به النص الحالي حيث يجعل من حق المدين نفسه أن يعمد إلى التعويض النقدي إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب له ، وفي هذه الحالة لا يسوغ للدائن أن يطلب التنفيذ العيني بل يقتصر حقه على المطالبة بأداء التعويض الواجب له ، ويكون دور القاضي حينئذ أن يوازن بين مصالح ذوى الشأن . بينما رؤى في النص المقترح جعل الأمر من أوله إلى آخره للقاضي بناء على طلب المدين . وبذلك يكون الحكم أقرب إلى قواعد الفقه الاسلامي . إذ أن طلب المدين في هذه الحالة يستهدف رفع مظلمة وولاية رفع المظالم إلى القاضي . وعلى كل فالنتيجة العملية النهائية واحدة وهي أن القول الفصل للقاضي .

ثانياً - استبدال لفظ « تعويض » بعبارة « تعويض نقدي » لأن الأمر في ذلك مرده إلى القاضي ، ولأنه لا يشترط في التعويض أن يكون نقدياً .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٢٨٤ من التقنين الكويتي وتطابق المادة ٣٥٥ من التقنين الأردني فيما عدا أن هذه الأخيرة تنص على « عوض نقدي » بدلا من « تعويض » .

وتقابل المادة ٢٤٦ من التقنين العراقي ، وهي مطابقة لنص التقنين المصري الحالي فيما عدا أنها لا تشير إلى الاعتذار .

ويستند النص المقترح إلى ما يقرره الفقه الاسلامي من قواعد تقضي بأنه « إذا بطل الأمل يصار إلى البدل » (م ٥٣ من المجلة) وبأن « المشتقة تجلب التيسير » (م ١٧ من المجلة) ، وبأنه « لا ضرر ولا ضرار » (م ١٩ من المجلة) ، وبأن « الضرر يزال » (م ٢٠ من المجلة) ، وبأن « الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف » (م ٢٧ من المجلة) ، وبأن « الضرر يدفع بقدر الامكان » (م ٢١ من المجلة) .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠٦ من التقنين الحالي التي تنص على أن :
« الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة
عليه حتى التسليم » .

وتقابل المادة ٢٨٦ من التقنين الكويتي ، وهي تطابق المادة ٢٠٦
من التقنين المصري الحالي .

وقد رؤى في المادة المقترحة الأخذ بالتصوير الذي يقول به الفقه
الاسلامي ، وهو أن الحق ينتقل بالعقد ، وليس باعتبار هذا الانتقال
أثرا يترتب على التزام المتصرف بنقل الحق كما يقول فقه القانون الوضعي
وهو الفقه اللاتيني . وذلك لأن التصوير الذي يقول به الفقه الاسلامي
أدق من الناحية الفنية . أنظر المذكرة الايضاحية للمادة ٢١٩ من المشروع ،
وأنظر في الفقه الاسلامي مادة ٣٠٧ من مرشد الحيران .

(مادة ٢٢٢)

في الالتزام بعمل ، اذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن
ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين .

هذه المادة تطابق المادة ٢٠٨ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٤٩ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها الفقرة الأولى من المادة ٣٥٦ من التقنين الاردني
التي تنص على أنه « اذا كان موضوع الحق عملا واستوجبت طبيعته
أو نص الاتفاق على أن يقوم المدين به بشخصه جاز للدائن أن يرفض
الوفاء من غيره » .

(مادة ٢٢٣)

١ - في الالتزام بعمل ، اذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن
أن يطلب ترخيصا من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان
هذا التنفيذ ممكنا .

٢ - ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة
المدين دون ترخيص من القضاء .

هذه المادة تطابق المادة ٢٠٩ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٨٨ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٢٠)

١ - العقد الذي بمقتضاه يكسب حق عيني على شيء لم يعين الا بنوعه
لا يخول الحق الا بافراز هذا الشيء .

٢ - فاذا لم يتم المتصرف بما يوجبه العقد ، جاز للدائن أن يحصل
على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون
استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء ،
من غير اخلال في الحاليتين بحقه في التعويض .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠٥ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي .

١ - اذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين الا بنوعه ،
فلا ينتقل الحق الا بافراز هذا الشيء .

٢ - فاذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على
شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون
استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء ،
من غير اخلال في الحاليتين بحقه في التعويض .

وتقابل المادة ٢٤٨ من التقنين العراقي ، وهي تطابق المادة ٢٠٥
من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المادة ٢٨٥ من التقنين الكويتي وهي تتفق مع المادة ٢٠٥
من التقنين المصري الحالي .

وقد رؤى في المادة المقترحة الأخذ بالتصوير الذي يقول به الفقه
الاسلامي ، وهو أن الحق ينتقل بالعقد ، وليس باعتبار هذا الانتقال
أثرا يترتب على التزام المتصرف بنقل الحق كما يقول فقه القانون
الوضعي وهو الفقه اللاتيني . وذلك لأن التصوير الذي يقول به الفقه
الاسلامي أدق من الناحية الفنية . أنظر المذكرة الايضاحية للمادة ٢١٩
من المشروع .

وأنظر في الفقه الاسلامي مادة ٣٠٧ من مرشد الحيران .

(مادة ٢٢١)

العقد الذي بمقتضاه ينتقل حق عيني يتضمن التزام المتصرف بتسليم
الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم .

وتقابل المادة ٢٥٠ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - في الالتزام بعمل اذا لم يقدّم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه جاز للدائن أن يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكناً .

٢ - ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة

المدين بلا إذن من المحكمة .

وقد جاء هذا النص على نسق المادة ٢٨٦ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي . ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت العبارة التي تشير الى ضرورة في الفقرة الأولى ، لأن أمر طلب الترخيص من القضاء في التنفيذ على نفقة المدين جوازي للدائن فله ، وهو في هذا صاحب التقدير ، ان يتمسك بوجوب التنفيذ العيني (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٢٨) .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٣٥٦ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « فاذا لم يقدّم المدين بالعمل جاز للدائن أن يطلب اذا من القضاء بالقيام به على نفقة المدين أو تنفيذه دون إذن اذا استوجبت الضرورة ذلك » .

(مادة ٢٢٤)

١ - في الالتزام بعمل ، اذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود . هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك .

٢ - وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم .

هذه المادة تطابق المادة ٢١١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٥٨ من التقنين الأردني مع اغفال عبارة « في الالتزام بعمل » في الفقرة الأولى .

وتطابق المادة ٢٩٠ من التقنين الكويتي مع اغفال عبارة « في الالتزام بعمل » في الفقرة الأولى .

وتقابل المادة ٢٥١ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو كان مطلوباً منه أن يتوخى الحيلة في

تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود .

٢ - ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام اذا هو بذل في تنفيذه من العناية ما اعتاده في شئونه الخاصة متى تبين من الظروف أن إلتزامه قصد ذلك » .

وقد جاء هذا النص على نسق المادة ٢٨٨ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي مع اغفال الإشارة الى مسؤولية المدين عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم .

(راجع في تطبيقات النص المقترح على سبيل المثال م ٧٧٦ و ٨١٥ من مرشد الحيران و م ٧٨٠ و ٧٨٢ و ٨١٤ و ٨١٥ من المجلة) .

(مادة ٢٢٥)

اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام . وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين .

هذه المادة تطابق المادة ٢١٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٩١ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٥٩ من التقنين الأردني مع اختلاف لفظي .

وتقابل المادة ٢٥٢ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام مع التعويض اذا كان له محل » .

(مادة ٢٢٦)

يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ ، اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام

هذه المادة تقابل المادة ٢١٠ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » . وقد حذفت من هذا النص عبارة « في الالتزام بعمل » حتى

الفرع الثاني

التنفيذ بطريق التعويض

(مادة ٢٢٨)

إذا كان تنفيذ الالتزام عينا جبرا على المدين غير ممكن أو غير مجد، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه .

هذه المادة تقابل المادة ٢١٥ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه » .

وقد قصد بتعديل نص التقنين الحالي على النحو الوارد في النص المقترح أن يشمل حكم النص حالة استحالة التنفيذ وحالة عدم جدواه . وغنى عن البيان أن التعويض لا يكون إلا إذا أصاب الدائن ضرر من عدم التنفيذ أو من التأخر فيه .

والمادة المقترحة بتطابق في حكمها المادة ٢٩٣ من التقنين الكويتي . وما تقضي به المادة المقترحة يستند إلى ما جاء في الآية الكريمة : « لا يكلف الله نفسا إلا وسعها » .

راجع فيما يتعلق بالسبب الأجنبي : البدائع ج ٥ ص ٣٣٨٨ .
المبسوط ج ١١ ص ١٣٢ . بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٥ - ١٥٧ .

(مادة ٢٢٩)

- ١ - لا يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة .
- ٢ - وكذلك لا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى .

هذه المادة تقابل الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٢١٧ من التقنين الحالي اللتين تنصان على ما يأتي :

« ١ - يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجيء والقوة القاهرة .

٢ - وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه » .

يتسع حكمه للالتزام بالامتناع عن عمل متى سمحت طبيعته أن يقوم حكم القاضى فيه مقام تنفيذ هذا الالتزام . واقتضى هذا نقل المادة المقترحة من موضعها في التقنين الحالي إلى هذا الموضع .

وتطابق المادة ٢٨٩ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٢٥٧ من التقنين الأردني التي تنص على أن « يقوم حكم المحكمة مقام التنفيذ إذا كان موضوع الحق عملا وسمحت بذلك طبيعته » .

(مادة ٢٢٧)

١ - إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية أن امتنع عن ذلك .

٢ - وإذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لأكراه المدين الممتنع عن التنفيذ ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة .

٣ - وإذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعى في ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدأ من المدين .

هذه المادة تطابق المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من التقنين الحالي ، حيث رؤى ادماجها في مادة واحدة .

وتطابق المادة ٢٩٢ من التقنين الكويتي .

وتطابق المادتين ٢٥٣ و ٢٥٤ من التقنين العراقي فالأولى تنص على أنه « إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه وامتنع المدين عن التنفيذ جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن أن تصدر قرارا بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية أن بقى ممتنعا عن ذلك » . والثانية تنص على أنه « إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة نهائيا مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعى في ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدأ من المدين » .

وما يقضى به النص المقترح من اعتداد القاضى في تقدير التعويض بالضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدأ من المدين إنما يستند إلى القاعدة الشرعية التى تقرر أن الضرورات تقدر بقدرها وأن الضرر يدفع بقدر الامكان (م ٢٢ و ٣١ من المجلة) .

٢ - ومع ذلك اذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً الا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد .

هذه المادة تطابق المادة ٢٢١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٠٠ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٣٦٣ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « اذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه » .

والقاعدة في الفقه الاسلامي أن امتناع المدين عن الوفاء بالالتزام عينا يعتبر معصية يستحق عليها التعزير . وفي رواية عن أبي يوسف أنه يجوز التعزير في حالة الضرر الذي لا يتمثل في فقد مال (انظر رد المحتار ج ٣ ص ١٧٨) .

(مادة ٢٣٢)

يجوز للمتعاقدين أن يحددوا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق .

هذه المادة تطابق المادة ٢٢٣ من التقنين الحالي ، مع اغفال الإشارة الى مراعاة أحكام المواد الخاصة باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي ، وسلطة القاضي في انقاص التعويض اذا كان الضرر قد اشترك بخطئة في أحداث الضرر ، والاتفاق على زيادة عبء المسؤولية أو التخفيف منه ، والاعذار . إذ أنه فيما عدا الأحكام التي وردت في خصوص التعويض الاتفاقي ، فإن هذا التعويض يخضع للأحكام ذاتها التي تسري على تعويض يقدره القاضي .

وتطابق في حكمها الفقرة الأولى من المادة ٣٦٤ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « يجوز للمتعاقدين أن يحددوا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون » .

وتقابل المادة ٣٠٢ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « اذا لم يكن محل الالتزام مبلغاً من النقود ، يجوز للمتعاقدين أن يحددوا مقدماً التعويض في العقد أو في اتفاق لاحق » .

(مادة ٢٣٣)

١ - لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر .

٢ - ويجوز للقاضي أن يخفف هذا التعويض اذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه الى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه .

٣ - ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين .

وتقابل الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٢٥٩ من التقنين العراقي اللتين تطابقان نص التقنين الحالي .

وتقابل المادتين ٢٩٥ و ٢٩٦ من التقنين الكويتي اللتين تطابقان نص التقنين الحالي .

وقد رئي في المادة المقترحة الأخذ بعكس الأحكام الواردة في التقنين الحالي والتقنين العراقي والتقنين الكويتي . وذلك مراعاة لمبدأين أساسيين في الشريعة الاسلامية .

المبدأ الأول هو ما جاء في الآية الكريمة : « لا يكلف الله نفساً الا وسعها » ، مما لا يسوغ معه أن يتفق مقدماً على أن يتحمل المدين تبعاً القوة القاهرة ، إذ ليس في وسعه أن يدفع هذه القوة القاهرة . ويلاحظ هنا أن الفقرة الأولى من المادة المقترحة لم يرد فيها ذكر للحادث المفاجئ ، لأنه يعتبر من قبيل القوة القاهرة .

والمبدأ الثاني هو ما جاء في الآية الكريمة : « يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، مما لا يسوغ معه أن يتفق مقدماً على اعفاء المدين من المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى ، حتى ولو كانت هذه المسؤولية راجعة الى خطأ وقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه .

(مادة ٢٣٠)

لا يستحق التعويض الا بعد اصدار المدين ، ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٢١٨ من التقنين الحالي ، مع اضافة عبارة « القانون أو الاتفاق » بعد لفظ « ينص » .

وتطابق المادة ٢٥٦ من التقنين العراقي ، مع اغفال لفظ « الاتفاق » بعد لفظ « القانون » .

وتطابق المادة ٣٦١ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « لا يستحق الضمان الا بعد اصدار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو في العقد » .

وتطابق المادة ٢٩٧ من التقنين الكويتي .

(راجع المواد ٣٧ و ٤٣ و ٤٤ من المجلة) .

(مادة ٢٣١)

١ - اذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون ، فالقاضي هو الذي يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء . به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

وسواء كانت الفائدة ظاهرة أو مستترة على نحو ما جاء في النص ، وذلك للحيلولة دون أي تحايل في هذا الخصوص .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٣٠٥ من التقنين الكويتي مع اختلاف لفظي بسيط .

(مادة ٢٣٦)

إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وتأخر المدين في الوفاء به ، جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب هذا التأخير .

هذه المادة مستحدثة .

وقد روعي فيها أن الدائن قد يضار إذا تأخر مدينه عن الوفاء بمبلغ من النقود رغم حلول أجل هذا الوفاء . وفي هذه الحالة يحق للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذي يصيبه من جراء هذا التأخير . وذلك حماية للثقة التي يجب أن تسود التعامل . ولأن الشريعة الإسلامية لا تأبى التعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن في هذه الحالة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٣٠٦ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، ولم يتم المدين بالوفاء به بعد اعذاره ، مع قدرته على الوفاء ، وأثبت الدائن أنه قد لحقه بسبب ذلك ضرر غير مالوف ، جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » .

الفصل الثالث

الوسائل التي تكفل حقوق الدائنين

نظرة عامة :

القاعدة أن أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه . فهذه الأموال هي الضمان العام للدائنين . وهذا الضمان العام يخول الدائن أن يستأدى حقه من أموال مدينه . فله أن يتخذ على هذه الأموال طرقا تحفظية وطرقا تنفيذية وطرقا هي وسط ما بين الطرق التحفظية والطرق التنفيذية . وقد تكفل تقنين المرافعات بالطرق التنفيذية .

وتكفل التقنين المدني بالطرق الوسطى ما بين التحفظية والتنفيذية ، لأنها تتفرع مباشرة عن مبدأ الضمان العام للدائنين .

وقد نظم التقنين المدني الحالي خمسة من هذه الطرق . فنظم دعاوى ثلاثا ، هي الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرف ودعوى الصورية . ونظم الحق في الحبس . وهذه الطرق الأربعة كلها إجراءات فردية ، وليس من شأنها أن تغل يد المدين عن أماله . ونظم طريقا خامسا هو الاعسار . وهذا الطريق هو أيضا إجراء فردي ، ولكن من شأنه أن يغل يد المدين عن ماله .

وقد روى نقل النصوص الخاصة بالصورية الى مكانها المناسب بين النصوص المتعلقة بآثار العقد ، لأنها الصق بهذه الآثار . وعلى الرغم من هذا النقل فلا شك في أن للدائن أن يرفع دعوى الصورية ليدفع عن نفسه نتائج غش المدين إذا قام هذا بتصرف صوري في ماله ليخرجه من الضمان العام ، فيستبقى الدائن بذلك مال المدين في ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليه بحقه . غير أنه يلاحظ أن الدائن قد يتمسك بالعقد

هذه المادة تطابق المادة ٢٢٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٠٣ من التقنين الكويتي .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ٣٦٤ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويا للضرر ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك » .

(مادة ٢٣٤)

إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي ، جاز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة .

هذه المادة تقابل المادة ٢٢٥ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما » .

وتقابل المادة ٣٠٤ من التقنين الكويتي التي تطابق نص التقنين الحالي .

وقد روى في المادة المقترحة مخالفة ما يقضى به التقنين الحالي والتقنين الكويتي على النحو الوارد فيها ، وذلك مراعاة للقاعدة العامة التي تربط بين قيمة التعويض ومقدار الضرر ، وللتقريب عدالة بين ما يجوز للمدين أن يتمسك به وما يجوز للدائن أن يطالب به .

(مادة ٢٣٥)

١ - يقع باطلا كل اتفاق على تقاضى فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو التأخير في الوفاء به .

٢ - وتعتبر فائدة مستترة كل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا نفقة مشروعة .

هذه المادة مستحدثة .

وقد أريد بها النص صراحة على تحريم الربا نزولا على حكم الشريعة الإسلامية . حيث جاء في الآية الكريمة : « أحل الله البيع وحرم الربا » . ووصلت الشريعة في تحريم الربا الى حد تهديد من يتعامل به بحرب من الله ورسوله ، حيث جاء في الآية الكريمة : « فاذنوا بحرب من الله ورسوله » .

وكان في الوسع اغفال هذه المادة اكتفاء بالحكم العام الذي جاء في المادة ٣ من المشروع ، حيث تنص على أنه « تعتبر من النظام العام احكام الشريعة الإسلامية القطعية » . ومن ثم يقع باطلا كل نص أو اتفاق يخالف هذه الأحكام .

ولكن روى أن من اللازم التصدي صراحة لهذا الموضوع نظرا الى خطورته . فيكون باطلا كل اتفاق على تقاضى فوائد ، سواء كان ذلك في مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو في مقابل التأخير في الوفاء به ،

٢ - ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا اثبت ان المدين لم يستعمل هذه الحقوق وان عدم استعماله لها من شأنه ان يسبب اعساره او يزيد في هذا الاعسار . ولا يشترط اعداد المدين لاستعمال حقه ، ولكن يجب ادخاله خصما في الدعوى .

- هذه المادة تطابق المادة ٢٣٥ من التقنين الحالي .
- وتطابق المادة ٢٦١ من التقنين العراقي .
- وتطابق المادة ٣٦٦ من التقنين الاردني .
- وتطابق المادة ٣٠٨ من التقنين الكويتي .

والدعوى غير المباشرة التي يقرها النص المقترح لها سندها في الفقه المالكي . ففيه اذا لم يكن للمدين (المحجور للدين) بينه على حقه في ذمة الغير الا شاعده واحد ، وكل ان يحلف مع شاعده اليمين الكاملة للحجة ، جاز للغرماء ان يحلفوا مع الشاعده فيكونوا بذلك قد استعملوا حق مدينهم في الحلف على النحو الذي نراه في استعمال الدائن لحق المدين في هذه الدعوى (انظر الخرشى ج ٥ ص ٢٦٧ - عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٥ ص ١٣٨ هامش ٢)

(مادة ٢٣٩)

يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينة نائبا عن هذا المدين . وكل نفع يعود من استعمال هذه الحقوق يدخل في اموال المدين ويكون ضمانا لجميع دائنيه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٣٦ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي بسيط .

- وتطابق المادة ٢٦٢ من التقنين العراقي ، مع تعديل لفظي بسيط .
- وتطابق في حكمها المادة ٣٠٩ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينة نائبا عنه » .

والواقع أن ما جاء في النص المقترح من أن كل نفع تسفر عنه الدعوى يدخل في اموال المدين ويكون ضمانا لجميع دائنيه ، انما هو نتيجة لازمة لاعتبار الدائن في هذه الدعوى نائبا عن المدين . ومع ذلك رؤى ذكره في النص للمقابلة بين هذه الدعوى ودعوى عدم نفاذ التصرف التي يتناولها النص التالي .

الفرع الثاني

دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن

(مادة ٢٤٠)

لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينة تصرف ضار به ، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، اذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين او زاد في التزاماته وترتب عليه اعسار المدين

الظاهر اذا كان حسن النية ، كما أنه ليس الوحيد الذي يحق له رفع دعوى الصورية كما هي الحال في الدعويين الآخرين ، فقد يرفع دعوى الصورية المتعاقد أو الخلف الخاص . وفي هذا ما يدل بوضوح على أن احكام الصورية الصق بآثار العقد .

كذلك رؤى عدم ايراد تنظيم للاعسار ، على خلاف التقنين الحالي ، لأن العمل قد دل على أن نظام الاعسار لم يحقق الغاية المرجوة منه لكثرة نفقاته وقلة جنواه للدائنين الذين يجدون في دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حقه ، وفي سائر وسائل التنفيذ ، ما يغنيهم عن طلب الحكم بشهر اعسار مدينهم ، بل قلما يلجأ الى هذه الوسيلة الا من يريد التشهير بمدينه وتجريح سمعته .

واذا كان من مزايان نظام الاعسار للدائن حلول أجل دينه ، فان نص المادة ٢٦١ من المشروع قد كفل له هذه المزية متى ثبت أن اموال مدينة لا تفي بالديون الحالة ، من غير أن يشترتب على ذلك صدور حكم يدمع المدين بالاعسار .

وتلك الاعتبارات التي دعت الى عدم ايراد تنظيم للاعسار هي ذاتها التي دعت الى عدم ايراد تنظيم للجبر على المدين المفلس ، على خلاف التقنين العراقي والتقنين الاردني .

(مادة ٢٣٧)

١ - اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه .

٢ - وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان ، الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون .

هذه المادة تطابق المادة ٢٣٤ من التقنين الحالي .

• وتطابق المادة ٣٠٧ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٦٥ من التقنين الاردني التي تنص على أنه « مع مراعاة احكام القانون ، اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان » .

• وتطابق المادة ٣٠٧ من التقنين الكويتي .

وفكره أن اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه موجودة في الفقه الاسلامي ، اذ يستطيع الدائن أن ينفذ على أي مال من اموال المدين استيفاء لحقه . وليس لدائن أن يتتبع عينا خرجت من ذمة المدين أو أن يتقدم على دائن آخر بالنسبة الى عين معينة الا اذا كان له تأمين خاص كالرهن مثلا يخوله حق التتبع أو حق التقدم .

الفرع الأول

الدعوى غير المباشرة

(مادة ٢٣٨)

١ - لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدينة جميع حقوق هذا المدين ، الا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة او غير قابل للحجز .

٣ - وإذا كان الخلف الذي انتقل اليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض الى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الاول بهذا الغش ، أن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الاول ، أن كان المدين قد تصرف له تبرعا .

• هذه المادة تطابق المادة ٢٣٨ من التقنين الحالي .

• وتطابق المادة ٢٦٤ من التقنين العراقي .

• وتطابق في حكمها المادتين ٣١١ و ٣١٢ من التقنين الكويتي .

• وتقابل المادتين ٣٧٠ و ٣٧١ من التقنين الأردني وقد تقدم ذكرهما .

• (أنظر المواد ٩٥٩ و ٩٦٧ و ٩٩٩ و ١٠٠١ و ١٠٠٢ من المجلة) .

(وانظر ما ذكرناه تحت المادة السابقة عن شروط دعوى عدم نفاذ التصرف في الفقه المالكي) .

(مادة ٢٤٢)

إذا ادعى الدائن اعسار المدين فليس عليه الا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها .

• هذه المادة تطابق المادة ٢٣٩ من التقنين الحالي .

• وتطابق المادة ٢٦٥ من التقنين العراقي .

• وتطابق المادة ٣١٣ من التقنين الكويتي .

• وتقابل المادة ٣٧٢ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « إذا ادعى الدائن احاطة الدين بمال المدين فليس عليه الا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يزيد على قيمة الديون » .

(مادة ٢٤٣)

متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضرارا بهم .

• هذه المادة تطابق المادة ٢٤٠ من التقنين الحالي .

• وتطابق المادة ٢٦٦ من التقنين العراقي .

• وتطابق المادة ٣١٤ من التقنين الكويتي .

• وتطابق المادة ٣٧٣ من التقنين الأردني .

أو الزيادة في اعساره ، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية .

• هذه المادة تطابق المادة ٢٣٧ من التقنين الحالي .

• وتطابق المادة ٢٦٣ من التقنين العراقي .

• وتطابق المادة ٣١٠ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادتين ٣٧٠ و ٣٧١ من التقنين الأردني فالمادة ٣٧٠ من هذا التقنين تنص على أنه « إذا أحاط الدين حالا أو مؤجلا بمال المدين بأن زاد عليه أو ساواه فإنه يمنع من التبرع تبرعا لا يلزمه ولم تجر العادة به للدائن أن يطلب الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه » . والمادة ٣٧١ من هذا التقنين تنص على أنه « إذا طالب الدائنون المدين الذي أحاط الدين بماله بديونهم فلا يجوز له التبرع بماله ولا التصرف فيه معاوضة ولو بغير محاباة ، وللدائنين أن يطلبوا الحكم بعدم نفاذ تصرفه في حقهم . ولهم أن يطلبوا بيع ماله والمحاسبة في ثمنه وفقا لأحكام القانون » .

وأسس دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة في حق دائنيه قائمة في الفقه المالكي . ففي هذا الفقه تنقيد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله حتى قبل الحجر . فلا تسري في حق دائنيه تصرفاته الضارة بهم التي صدرت منه قبل أن يحجر عليه الحاكم . ويجب لذلك توافر الشروط الآتية .

أولا : أن يكون المدين قد أحاط الدين بماله . وذلك بأن تكون ديونه ، الحالة منها والمؤجلة ، أزيد من ماله أو مساوية له (الخرشى ج ٥ ص ٢٦٣ . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٦٢ و ٢٦٣) .

ثانيا : أن يكون المدين عالما وقت التصرف بأن الدين محيط بماله (الخطاب ج ٥ ص ٣٥) .

ثالثا : أن يكون التصرف الصادر من المدين ضارا بحقوق الدائنين . فلا يسري في حقهم إذا كان تصرفا مقفرا يجرّد المدين من ماله دون مقابل ويكون سببا في اعسار المدين أو في زيادة اعساره (حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٦٢ - ٢٦٤ الخرشى ج ٥ ص ٢٦٣ و ٢٦٤ و ٢٦٥) (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٥ ص ١٨١ - ١٩٢) .

(مادة ٢٤١)

١ - إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منظويا على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . ويكفي لاعتبار التصرف منظويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر .

٢ - أما إذا كان التصرف تبرعا ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يركب غشا .

الفرع الثالث

الحق في الحبس

(مادة ٢٤٧)

١ - لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به ، أو مادام الدائن لم يقسم تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه .

٢ - ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو مجرزه ، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٦ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي بسيط في الفقرة الأولى

وتطابق في حكمها المادة ٣١٨ من التقنين الكويتي ،

والفقرة الأولى منها تطابق في حكمها المادة ٢٨٢ من التقنين العراقي .
وتقابل المادة ٣٨٧ من التقنين الأردني التي تنص على أن « لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به » .

والفقرة الثانية منها تقابل المادة ٢٨١ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « يجوز لمن أنفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية أو نافعة أو أنشأ فيه بناء أو غرس فيه أشجاراً أن يحتج عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له قانوناً إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع » .

وتقابل المادة ٣٨٩ من التقنين الأردني التي تنص على أن « لمن أنفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية أو نافعة أن يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له قانوناً ما لم يتفق أو يقضى القانون بغير ذلك » .

وفي الفقه الإسلامي يتركز حق الحبس في مال ضماناً للمدين ، وقد يكون مصدره العقد ، حيث يكون للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، ويكون للمستأجر أن يحبس المأجور إذا انفسخت الإجارة حتى يسترد ما عجله من الأجرة ، ويكون للمودع عنده أن يحبس الوديعة حتى يستوفي ما أنفقه في حفظها باذن القاضي ، ويكون للأجير المشترك الذي لصله أثر في العين كالخياط أن يحبس العين حتى يستوفي الأجرة ، ويكون للوكيل بالشراء أن يحبس المال الذي اشتراه عن الموكل حتى يدفع إليه الثمن .

وقد يكون الشرع هو مصدر حق الحبس ، فللمتقسط أن يحبس اللقطة عن مالها حتى يستوفي ما أنفقه عليها باذن القاضي ، وللغاصب أن يحبس المصوب الذي زاد فيه زيادة متصلة من ماله ، كمن يقيم على الأرض المصنوبة بناء أو غراساً حتى يدفع له المالك قيمة الزيادة .

(مادة ٢٤٤)

إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بإبداءه خزانة المحكمة .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤١ من التقنين الحالي .

وتطابق الفقرة الثالثة من المادة ٢٦٧ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها المادة ٣١٥ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٤٥)

١ - إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه الإحرامان الدائن من هذه الميزة .

٢ - وإذا وفي المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلاً للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء في حق باقي الدائنين . وكذلك لا يسرى في حقهم الوفاء ، ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٦٨ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣١٦ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٤٦)

لا تسمع دعوى عدم نفاذ التصرف بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، ولا تسمع في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٣ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « لا تسمع » بعبارة « تسقط بالتقادم » في صدر النص ، واستبدال عبارة « ولا تسمع » بعبارة « وتسقط » في وسط النص .

وتطابق المادة ٢٦٩ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٧٤ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣١٧ من التقنين الكويتي ، فيما عدا أن هذه الأخيرة تتضمن لفظ « تسقط » بالنسبة للدعوى بدلاً من عبارة « لا تسمع » .

(مادة ٢٤٩)

إذا هلك الشيء المحبوس أو تلف لأي سبب كان انتقل الحق في الحبس إلى ما يحل محله .

هذه المادة مستحدثة . وقد قصد من إيرادها وضع قاعدة عامة تجعل الحق في الحبس ينتقل إلى المال الذي يحل محل الشيء المحبوس في حالة الهلاك أو التلف ، كأن يكون هذا المال تعويضاً أو مبلغ تأمين ، وذلك تطبيقاً لمبدأ الحلول العيني .

وتطابق في حكمها المادة ٣٢١ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « إذا هلك الشيء المحبوس أو تلف ، انتقل الحق في الحبس إلى ما يستحق بسبب ذلك من مقابل أو تعويض ، وتسرى على انتقال الحق الأحكام الخاصة برهن الحياة » .

ويتفق حكم هذه المادة مع أحكام الفقه الإسلامي الخاصة بانتقال حق المائتين الموثق إلى بدل الشيء المرهون عند تلفه أو هلاكه .

(مادة ٢٥٠)

- ١ - ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه .
- ٢ - ومع ذلك يجوز لحابس الشيء ، إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده ، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٨ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٨٤ من التقنين العراقي ، مع اختلاف لفظي .

وتطابق المادة ٣٩٢ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٢٢ من التقنين الكويتي ، مع اختلاف لفظي (انظر الأشباه والنظائر ص ٣٧٦ م ٢٨١ من المجلة و م ٤٥٩ من مرشد الحيران) .

الباب الثالث

الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام

الفصل الأول

الشرط والأجل

الفرع الأول

الشرط

(مادة ٢٥١)

يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع .

(انظر في هذا : الكاساني ج ٤ ص ٤٠٤ - ٤٠٦ و ج ٥ ص ٢٥٩ و ج ٦ ص ٣٧ و ٢٠٢ . الزيلعي ج ٥ ص ١١١ و ٢٣٠ . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ١ ص ٣٦ م ٢٧٨ - ٢٨٠ و م ٤٨٢ و م ١٤٩١ من المجلة) .

(مادة ٢٤٨)

١ - مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه .

٢ - وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحياة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته .

٣ - وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المقررة في رهن الحياة ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٧ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي في الفقرة الثالثة .

وتطابق المادة ٢٨٣ من التقنين العراقي ، مع اختلاف لفظي بسيط . وتقابل المادتين ٣٩٠ و ٣٩١ من التقنين الأردني . فالمادة ٣٩٠ من هذا التقنين تنص على أن : ١ - على من احتبس الشيء أن يحافظ عليه وإذا يقدم حساباً عن غلته ٢ - وله أن يستصدر إذاً من المحكمة ببيع الشيء المحتبس إذا كان يخشى عليه الهلاك أو التعيب وذلك وفقاً للإجراءات الخاصة ببيع المرهون حياة وينتقل حق الاحتباس من الشيء إلى ثمنه . والمادة ٣٩١ من هذا التقنين تنص على أن « من احتبس الشيء استعمالاً لحقه في احتباسه كان أحق من باقي الغرماء في استيفاء حقه منه » .

وتقابل المادتين ٣١٩ و ٣٢٠ من التقنين الكويتي . فالمادة ٣١٩ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : « ١ - على الحابس أن يحافظ على الشيء ، وأن يقدم حساباً عن غلته » .

٢ - وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من المحكمة في بيعه وفقاً لإجراءات تحددها . وله أن يبيعه دون إذن المحكمة في حالة الاستعجال ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه . » والمادة ٣٢٠ من هذا التقنين تنص على أن « مجرد الحق في حبس الشيء لا يعطى الحابس حق امتياز عليه » .

انظر في الفقه الإسلامي في اللقطة : الكاساني ج ٩ ص ٢٠٣ . الزيلعي ج ٣ ص ٣٠٦ .

وتقابل المادة ٣٢٤ من التقنين الكويتي التي تتفق مع المادة ٢٢٦ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المادة ٣٩٧ من التقنين الأردني .

وفى الفقه الاسلامي نصت المادة ١٨٩ من المجلة على ان « البيع بشرط ليس فيه نفع لاحد العاقلين يصح والشرط لغو ... » .

ونصت المادة ٣١٩ من مرشد الحيران على ان « التعليق على مستحيل لغو غير معتبر » . انظر كذلك المواد ٣٢١ - ٣٢٦ و ٣٤٩ - ٣٥١ من مرشد الحيران .

(مادة ٢٥٣)

لا يعتبر الالتزام قائما اذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم .

هذه المادة تطابق المادة ٢٦٧ من التقنين الحالي مع تعديل لفظي بسيط .

وتطابق المادة ٣٢٥ من التقنين الكويتي مع اختلاف لفظي بسيط . انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي (٣٨٧م) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٢ و ١٣ .

(مادة ٢٥٤)

لا يقوم الالتزام المعلق على شرط واقف الا اذا تحقق الشرط . على انه يجوز للدائن ، قبل تحقق الشرط ، ان يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه .

هذه المادة تقابل المادة ٢٦٨ من التقنين الحالي التي تنص على انه « اذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف ، فلا يكون نافذا الا اذا تحقق الشرط . اما قبل تحقق الشرط ، فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهرى ولا للتنفيذ الاختيارى ، على انه يجوز للدائن ان يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه » .

وقد أدخل على هذه المادة تعديل لفظي في صدر النص . واستبدلت عبارة « لا يقوم الالتزام » بعبارة « فلا يكون نافذا » ، لأن التعبير المختار هو التعبير الصحيح . وحذفت منها الاشارة الى عدم قابلية الالتزام للتنفيذ القهرى أو الاختيارى ، لأن هذا مستفاد سواء من الحكم الوارد في صدر النص أو من الحكم الوارد في نهايته .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٣٢٦ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٢٨٨ من التقنين العراقي التي تنص على أن « العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ الا اذا تحقق الشرط » .

وتقابل المادة ٣٩٨ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « لا ينفذ التصرف المعلق على شرط غير مناف للعقد الا اذا تحقق الشرط » .

انظر في الفقه الاسلامي مادة ٣١٧/٢ من مرشد الحيران التي تنص على أن « المعلق يتأخر انعقاده سببا الى وجود الشرط فعند وجوده ينعقد سببا مفضيا الى حكمه » .

هذه المادة تطابق المادة ٢٦٥ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٢٥ من مشروع التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٢٨٦ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتى :

« ١ - العقد المعلق هو ما كان معلقا على شرط واقف أو فاسخ .

٢ - ويشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود لا محققا ولا مستحيلا » .

وتقابل المادتين ٣٩٣ ، ٣٩٥ من التقنين الأردني :

فالمادة ٣٩٣ من هذا التقنين تنص على أن « الشرط التزام مستقبلي يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه » .

والمادة ٣٩٥ من هذا التقنين تنص على أن « التصرف المعلق هو ما كان مقيدا بشرط غير قائم أو بواقعة مستقبلية ويتراخي أثره حتى يتحقق الشروط وعندئذ ينعقد سببا مفضيا الى حكمه » .

(انظر في الفقه الاسلامي م ٣١٥ - ٣١٩ من مرشد الحيران) .

(مادة ٢٥٥)

يعتبر الالتزام غير قائم اذا علق على شرط مستحيل او شرط مخالف للنظام العام او للآداب ، سواء كان الشرط واقفا او فاسخا .

هذه المادة تقابل المادة ٢٦٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتى :

١ - لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام ، هذا اذا كان الشرط واقفا . اما اذا كان فاسخا فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم .

٢ - ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذى علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام اذا كان هذا الشرط هو السبب الدفع للالتزام

وقد عدلت هذه المادة بتوحيد الحكم بالنسبة الى نوعي الشرط . حيث لا يقوم الالتزام ، اذا علق على شرط واقف أو فاسخ ، وكان الشرط مستحيلا أو مخالفا للنظام العام أو للآداب . ذلك ان الشرط الفاسخ لا يمكن الا أن يكون هو السبب الدافع الى التعاقد ، ما دام قد علق على تحققه فسخ العقد ذاته ، ومن ثم قد تتحقق الصورة التي لا يكون فيها الشرط الفاسخ هو السبب الدافع الى التعاقد ولا وجه لاختلاف الحكم بحسب ما اذا كان هذا الشرط مستحيلا أو كان مخالفا للنظام العام أو للآداب ، ففي الحالتين لا يقوم الشرط ولا الالتزام .

قارن المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي (٣٨٦م) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٩ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢٨٧ من التقنين العراقي التي تتفق مع المادة ٢٦٦ من التقنين المصري الحالي .

(مادة ٢٥٨)

١ - اذا كان الالتزام مضافا الى أجل واقف ، فانه لا يكون نافذا الا في الوقت الذي ينقضي فيه الاجل . على أنه يجوز للدائن ، حتى قبل انقضاء الاجل ، ان يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه . وله بوجه خاص ان يطالب بتأمين اذا خشي افلاس المدين أو اعساره واستند في ذلك الى سبب معقول .

٢ - ويترتب على انقضاء الاجل الفاسخ انتهاء الالتزام ، دون ان يكون لهذا الانتهاء اثر رجعي .

هذه المادة تطابق المادة ٢٧٤ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي توخيا للدقة .

وتطابق المادتين ٣٣٠ و ٣٣٥ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٢٩٣ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - العقد المضاف الى أجل واقف ينقصد سببا في الحال ولكن يتأخر وقت وقوع حكمه الى حلول الوقت المضاف اليه .

٢ - والعقد المقترون بأجل فاسخ يكون نافذا في الحال ولكن يترتب على انتهاء الاجل انقضاء العقد .

انظر في الفقه الاسلامي م ٣٢٠ من مرشد الحيران .

(مادة ٢٥٩)

١ - يفترض في الاجل انه ضرب لمصلحة المدين ، الا اذا تبين من العقد او من نص القانون او من الظروف انه ضرب لمصلحة الدائن او لمصلحة الطرفين معا .

٢ - واذا تمحى الاجل لمصلحة احد الطرفين ، جاز له ان ينزل عنه بارادته المنفردة .

هذه المادة مستحدثة .

وهي تطابق المادة ٢٩٧ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ، ولكن حذفت هذه الاخيرة في لجنة المراجعة لان حكمها مستفاد من تطبيق المبادئ العامة .

وتطابق المادة ٢٩٤ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٣١ من التقنين الكويتي .

والفقرة الثانية منها تطابق في حكمها المادة ٤٠٥ من التقنين الاردني التي تنص على أنه « اذا كان الاجل لمصلحة أى من الطرفين فله أن يتنازل عنه بارادته المنفردة » .

انظر في الفقه الاسلامي م ٢١٢ من مرشد الحيران .

(مادة ٢٦٠)

اذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة أو الميسرة عين القاضي ميعادا مناسباً لحلول الاجل ، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ، ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالالتزام .

(مادة ٢٥٥)

١ - يترتب على تحقيق الشرط الفاسخ زوال الالتزام . ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه ، فاذا استحال الرد لسبب يرجع اليه وجب عليه التعويض .

٢ - على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط .

هذه المادة تطابق المادة ٢٦٩ من التقنين الحالي مع تعديل لفظي بسيط .

وتطابق في حكمها المادة ٢٨٩ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٩٩ من التقنين الاردني .

وتطابق في حكمها المادة ٣٢٧ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٥٦)

١ - اذا تحقق الشرط استند اثره الى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام ، الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد ان وجود الالتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط .

٢ - ومع ذلك لا يكون للشرط اثر رجعي اذا اصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب اجنبي لا يد للمدين فيه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٧٠ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٩٠ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٢٨ من التقنين الكويتي .

الفرع الثاني

الاجل

(مادة ٢٥٧)

١ - يكون الالتزام لأجل اذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على امر مستقبل محقق الوقوع .

٢ - ويعتبر الامر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتملا ، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٧١ من التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٢٩ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٢٩١ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « يجوز ان يقرن العقد بأجل يترتب على حلوله تنجيز العقد أو انقضاؤه » .

وتقابل المادة ٤٠٢ من مشروع التقنين الاردني التي تنص على أنه « يجوز اضافة التصرف الى اجل يترتب عليه حلول احكام نفاذه أو انقضائه » .

انظر في الفقه الاسلامي م ٣٢٠ ، ٣٢٧ ، و ٣٢٨ و ٣٥١ من مرشد الحيران و م ١٥٦ و ١٥٧ و ٢٤٨ من المجلة .

« ١ - يلزم في خيار التعيين تحديد المدة التي يكون فيها الخيار، فإذا اطلق الخيار بدون مدة ، حددت له المحكمة المدة المناسبة بناء على طلب أي من الطرفين .

٢ - وإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم جاز للدائن أن يطلب من المحكمة أن تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام . أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم انتقل الخيار إلى المدين » .

انظر في الفقه الاسلامي م ٣١٨ من المجلة .

(مادة ٢٦٤)

ينتقل خيار التعيين إلى الوارث .

هذه المادة مستحدثة .

وهي تطابق المادة ٣٠٥ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٠٩ من التقنين الاردني .

وتطابق المادة ٣٣٩ من التقنين الكويتي .

وما تنص به المادة المقترحة ليس الا تطبيقا للقواعد العامة .

وحكمها مقرر في الفقه الاسلامي (انظر البدائع للكاساني ج ٥ ص ١٥٧ و ٢٦٢ م ٣١٩ من المجلة وم ٤١٤ من مرشد الحيران) .

(مادة ٢٦٥)

١ - إذا كان خيار التعيين للمدين ، وهلك أحد الأشياء التي اشتمل عليها العقد ، تركز اختيار المدين في الأشياء الباقية . وإذا هلكت الأشياء جميعها بسبب اجنبى انقضى الالتزام .

٢ - وإذا هلكت الأشياء جميعها ، وكان المدين مسئولاً عن هذا الهلاك ولو فيما يتعلق بأحد هذه الأشياء ، كان ملزماً بأن يدفع قيمة آخر شيء هلك .

الفقرة الاولى من هذه المادة مستحدثة .

والفقرة الثانية منها تطابق في حكمها المادة ٢٧٧ من التقنين العالي التي تنص على انه « إذا كان الخيار للمدين ، ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها محل الالتزام ، وكان المدين مسئولاً عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بأحد من هذه الأشياء كان ملزماً بأن يدفع قيمة آخر شيء استحال تنفيذه » .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٣٠١ من التقنين العراقي التي تنص على انه « إذا كان خيار التعيين للمدين وهلك أحد الشيئين في يده كان له أن يلزم الدائن بالثاني ، فان هلكا معا انفسخ العقد .

وخيار التعيين في الفقه الاسلامي ، وهو الذي يقابل التخيير في الالتزام التخييري ، لا يجوز أن يقع على أكثر من أشياء ثلاثة ، ويلزم فيه ذكر المدة التي يتم فيها الخيار على خلاف في الرأي ، ويكون الخيار أما للمشتري أو للبائع حسب الشرط (راجع المبسوط للسرخسي ج ١٣ ص ٥٥ . البدائع للكاساني ج ٥ ص ١٥٧ . فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٥ ص ١٣١ . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ج ٣ ص ١٤١ و ١٤٢ هامش ١) .

وانظر ايضا م ٣١٦ من المجلة وم ٤١٠ من مرشد الحيران . والظاهر أن نقل الملكية في خيار التعيين في الفقه الاسلامي يستند إلى الماضي في حالة ما إذا كان الخيار للمشتري أي للدائن (انظر البدائع ج ٥ ص ٢٦١ - ٢٦٢ . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٣ ص ١٦٥ هامش ١) .

(مادة ٢٦٣)

١ - إذا كان خيار التعيين للمدين وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون ، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضي بنفسه تعيين الشيء .

٢ - أما إذا كان خيار التعيين للدائن وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، عين القاضي أجلاً أن طلب المدين ذلك ، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين .

هذه المادة تطابق المادة ٢٧٦ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « خيار التعيين » بلفظ « الخيار » اشارة للتعيين الذي يستعمله الفقه الاسلامي ، واستبدال كلمة « الشيء » في نهاية الفقرة الاولى بعبارة « محل الالتزام » .

وتقابل المادة ٢٩٩ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يلزم في خيار التعيين تحديد المدة التي يكون فيها الخيار .

٢ - فإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار في المدة المحددة جاز للدائن أن يطلب من المحكمة أن تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام . أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار انتقل الخيار إلى المدين » .

وتقابل المادة ٤٠٨ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يجب في التصرف التخييري تحديد مدة الاختيار .

٢ - فإذا لم يحدد المتعاقدان مدة في العقد أو انقضت المدة المحددة لأحدهما دون أن يختار جاز للطرف الآخر أن يطلب من المحكمة تحديد مدة الخيار أو محل التصرف » .

وتقابل المادة ٢٢٧ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

الفصل الثالث

تعدد طرفي الالتزام

الفرع الأول

التضامن

(مادة ٢٦٧)

التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون .

- هذه المادة تطابق المادة ٢٧٩ من التقنين الحالي .
- وتطابق المادتين ٣١٥ و ٣٢٠ من التقنين العراقي .
- وتطابق المادتين ٤١٢ و ٤٢٦ من التقنين الاردني .
- وتقابل المادة ٣٤١ من التقنين الكويتي .
- انظر في الفقه الاسلامي : البسيط ج ١١ ص ١٧٤ - ١٧٧ و ج ٣ ص ١٧٤ - ١٨٠ ، البدائع ج ٦ ص ٤١ - ٥١ و ٧٣ و ٧٤ و ٧٦ .

(مادة ٢٦٨)

١ - يجوز للدائنين المتضامين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بكل الدين ، ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من اثر الدين .

٢ - ولا يجوز للمدين اذا طالبه احد الدائنين المتضامين بالوفاء ان يحتج على هذا الدائن باوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، ولكن يجوز له ان يحتج على الدائن المطالب باوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن ، وباوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨١ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظ بسيط في الفقرة الاولى ، حيث استبدلت عبارة « بكل الدين » بلفظ « بالوفاء » .

- وتطابق في حكمها المادة ٣١٦ من التقنين العراقي .
- وتطابق في حكمها المادة ٤١٥ من التقنين الاردني .
- وتطابق المادة ٣٤٢ من التقنين الكويتي .

ويعرف الفقه الاسلامي نظام التضامن ، سواء بين الدائنين أو بين المدينين .

فالتضامن بين الدائنين يقوم في شركة المفاوضة ، سواء كانت شركة اموال أو شركة اعمال أو شركة وجوه ، متى كان الدين ناشئاً عن اعمال التجارة . فيعتبر الشركاء دائنين متضامين بالثمن اذا باع احدهم مالا للشركة ، ويعتبرون كذلك دائنين متضامين بالتعويض اذا أغتصب شخص مالا للشركة . كذلك يقوم التضامن بين الدائنين في شركة العنان اذا كانت شركة اعمال ، فالشركاء دائنون متضامون

واذا كان المدين مسئولاً عن الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد من الشئتين فيكون ملزماً ان يدفع قيمة آخر شيء هلك .

وتطابق في حكمها المادة ٣٣٨ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا كان خيار التعيين للمدين وهلك أحد الشئتين في يده كان له أن يلزم الدائن بالشئ الثاني ، فان هلكا جميعاً انقضى الالتزام .

٢ - واذا كان المدين مسئولاً عن الهلاك ولو فيما يتعلق بأحد الشئتين كان ملزماً أن يدفع قيمة آخر شيء هلك . »

وتطابق في حكمها المادة ٤١٠ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا كان الخيار للمدين ولهلك أحد الشئتين في يده كان له أن يلزم الدائن بالشئ الثاني وأن هلكا معا بطل العقد .

٢ - فاذا كان المدين مسئولاً عن الهلاك ولو بالنسبة الى أحد هذه الاشياء كان عليه أن يدفع قيمة آخر ما هلك منها . »

انظر في احكام الهلاك في خيار التعيين في الفقه الاسلامي : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٣ ص ١٧٥ و ١٧٦ في الهامش . الخطاب ج ٤ ص ٤٢٥ م ٤١٣ - ٤١٣ من مرشد الحيران .

الفرع الثاني

الالتزام بدلي

(مادة ٢٦٦)

١ - يكون الالتزام بدلياً اذا لم يشمل العقد الاشياء واحداً ، ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر .

٢ - والأصل ، لا البديل ، هو وحده المعقود عليه وهو الذي يحدد طبيعة الالتزام .

هذه المادة تقابل المادة ٢٧٨ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يكون الالتزام بدلياً اذا لم يشمل محله الاشياء واحداً ، ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر .

٢ - والشئ الذي يشمله محل الالتزام ، لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين بإدائه ، هو وحده محل الالتزام وهو الذي يعين طبيعته . »

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢٠٢ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٤١١ من التقنين الاردني .

وتقابل المادة ٣٤٠ من التقنين الكويتي .

انظر في الفقه الاسلامي م ٥٣ من المجلة .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الواردة في المادة المقترحة مراعاة لان الملك ينتقل بالعقد ، وليس تنفيذاً لالتزام يقع على عاتق المدين .

وقد عدلت صياغة هذه المادة الأخيرة على النحو الوارد في المادة المقترحة ، مع الإبقاء على حكمها .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٣١٨ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٤٤ من التقنين الكويتي .

والفقرة الأولى منها تطابق المادة ٤١٤ من التقنين الأردني .

انظر في الفقه الاسلامي : البدائع ج ٦ ص ٧٠ و ٧٢ و ٧٤ و ٧٦ و ١٦٩ و ١٧١ و ١٧٢ - ١٨٧ من مرشد الحيران .

(مادة ٢٧١)

كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامين من الدين يصير من حق الدائنين جميعاً ، ويقتسمونه بالتساوي الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ٢٨٣ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامين من الدين يصير من حق الدائنين جميعاً ويتحصون فيه .

٢ - وتكون القسمة بينهم بالتساوي ، الا اذا وجد اتفاق أو نص يفرض بغير ذلك » .

وتطابق المادة ٣١٩ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤١٦ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٤٥ من التقنين الكويتي .

انظر في الفقه الاسلامي : البدائع ج ٦ ص ٥٩ و ٦١ و ٦٩ و ١٧١ و ١٧٢ - ١٨٧ من مرشد الحيران .

(مادة ٢٧٢)

١ - يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامين بالدين مجتمعين أو منفردين ، ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين .

٢ - ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٥ من التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٢١ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها المادة ٤٢٨ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٤٦ من التقنين الكويتي .

بالأجر المستحق . وأثر التضامن بين الدائنين يجعل لكل دائن أن يطالب المدين بكل الدين ، واذا وفى المدين أحد الدائنين كل الدين برئت ذمته نحو الجميع . ويرجع الدائنون على شريكهم الذي قبض الدين ، كل منهم بحصته ، وحصلهم دائماً متساوية في شركة المفاوضة . والتضامن بين الدائنين في شركة المفاوضة يقوم على فكرة الوكالة ، فكل شريك وكيل عن الآخر في القبض والتقاضى وفي جميع حقوق العقد . ويقوم التضامن بين الدائنين في شركة العنان على تضامنهم كمدينين ، فالشركاء مدينون متضامنون في التزامهم بالعمل فيكونون دائنين متضامين في حقهم في الأجر .

(انظر في التضامن بين الدائنين وبين المدينين في الفقه الاسلامي : شفيق شحاته النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ص ٣٠٣ - ٣٧٨ . وانظر : عبد الرزاق السنهوري الوسيط ج ٣ ص ٢٣٥ في الهامش ١ .

(مادة ٢٦٩)

١ - يجوز للمدين أن يوفى الدين لأى من الدائنين المتضامين ، الا اذا ائذره دائن آخر بان يمتنع عن ذلك .

٢ - ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثه احد الدائنين المتضامين ، الا اذا كان الدين غير قابل للانقسام .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٠ من التقنين الحالي مع تعديل لفظي في الفقرة الأولى التي تقول : « اذا كان التضامن بين الدائنين ، جاز للمدين أن يوفى الدين لأى منهم ، الا اذا مانع احدهم في ذلك » .

وتطابق المادة ٣٤٣ من التقنين الكويتي .

والفقرة الأولى منها تطابق المادة ٣١٧ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٤٣ من التقنين الكويتي .

ويتضح مما تقدم ذكره ان حكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة مقرر في الفقه الاسلامي .

(مادة ٢٧٠)

١ - اذا برئت ذمة المدين قبل احد الدائنين المتضامين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين الا بقدر حصة هذا الدائن .

٢ - واذا أتى احد الدائنين المتضامين عملاً من شأنه الاضرار بغيره من الدائنين ، فلا ينفذ هذا العمل في حقهم .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ٢٨٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - اذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامين بسبب غير الوفاء فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين الا بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمة المدين قبله .

٢ - ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامين أن يأتي عملاً من شأنه الاضرار بالدائنين الآخرين » .

٢ - وإذا برئت ذمة أحد المدينين المتضامنين بطريق حوالة الدين فإنه يبرأ معه المدينون الآخرون إلا إذا رضوا بالحوالة .

(مادة ٢٧٤)

يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقي المدينين ، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٦ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٢٣ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٢٩ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٤٨ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٧٥)

لا يجوز للمدين المتضامن أن يحتج بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر إلا بقدر حصة هذا المدين .

هذه المادة تطابق ٢٨٧ من التقنين الحالي ، مع استبدال لفظ « يحتج » بلفظ « يتسكك » .

وتطابق المادة ٣٢٤ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٤٩ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها ما تقضي به المادة ٤٣٠ من التقنين الأردني .

(مادة ٢٧٦)

إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينية المتضامنين ، فإن الدين لا ينتفي بالنسبة إلى باقي المدينين إلا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٨ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٢٥ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٥٠ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها ما تقضي به المادة ٤٣٠ من التقنين الأردني .

انظر في الفقه الاسلامي : البدائع ج ٦ ص ١٤

(مادة ٢٧٧)

١ - إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين ، فلا تبرأ ذمة الباقيين إلا إذا صرح الدائن بذلك .

٢ - فإذا لم يصدر منه هذا التصريح ، فليس له أن يطالب باقي المدينين المتضامنين إلا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه ، إلا أن يكون قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين ، وفي هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذي صدر الإبراء لصالحه بصحته في الدين .

وكما رأينا فيما تقدم فإن الفقه الاسلامي يعرف نظام التضامن سواء بين الدائنين أو بين المدينين .

والتضامن بين المدينين يقوم بين الشركاء في شركة المفاوضة ، ولو نشأ الدين من غير أعمال التجارة ، مادام ذا صبغة مالية . ويقوم كذلك في شركة العنان إذا كانت شركة أعمال ، فيكون الشركاء متضامنين في التزامهم بالعمل . وهم أيضا مدينون متضامنون بالتعويض المستحق في حالة هلاك الشيء المسلم لهم ، ولو كان الهلاك منسوباً لخطأ أحدهم دون الآخرين . وهناك أيضا تضامن اتفاقي بين المدينين . فإذا نشأ الالتزام من مصدر واحد وكان محله واحد وتعدد المدينون ، وكفل بعضهم بعضاً كانوا جميعاً مدينين متضامنين . والتضامن بين المدينين ، سواء كان اتفاقياً أو قانونياً (في شركتي المفاوضة والعنان) . يقوم على فكرة الكفالة المتبادلة بين المدينين . ومن ثم فالحكام الكفالة هي التي تسري ، ويجوز للدائن أن يرجع على أي مدين بكل الدين بصفته أصيلاً عن نفسه وكفيلاً للمدينين الآخرين ، وكذلك يجوز لأي مدين أن يقف للدائن الدين كله بصفته أصيلاً وكفيلاً . وإذا وقف أحد المدينين الذين كفله للدائن ، رجع على المدينين الآخرين ككفيل إذا كانت الكفالة بأمرهم ، وله أن يرجع على كل منهم بحصته ، كما له أن يرجع على أي منهم بحصته وينصيبه في حصص الآخرين ثم يرجعان معاً بالباقي على سائر المدينين .

ويتبين من هذا أن الكفالة هي التي جعلت أساساً للتضامن السلبى في الفقه الاسلامي .

(انظر في التضامن بين الدائنين وبين المدينين في الفقه الاسلامي : شفيق شعحات ، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ص ٣٠٣ - ٣٧٨ . وانظر : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٣ ص ٢٣٥ و ٢٣٦ في الهامش .

وانظر كذلك : مطج ٢٠ ص ٢٨ و ٣٤ . البدائع ج ٦ ص ١٠ . المسو ١٩٠ من مرشد الحيران .

(مادة ٢٧٣)

إذا أوفى أحد المدينين المتضامنين الدين برئت ذمة الباقيين .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ٢٨٤ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « إذا كان التضامن بين المدينين فإن وفاء أحدهم الدين مبرئاً لزمه الباقيين » .

وتطابق المادة ٤٢٧ من التقنين الأردني .

وتقابل المادة ٣٢٢ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا قضى أحد المدينين المتضامنين الدين بتمامه عيناً أو بمقابل أو بطريق الحوالة برئت ذمته ويبرأ معه المدينون الآخرون » .

وتقابل المادة ٣٤٧ من التقنين الكويتي التي تنص على مما يأتي :

١ - يترتب على وفاء أحد المدينين المتضامنين بالدين عيناً أو بمقابل براءة ذمته وبراءة باقي المدينين .

وتطابق المادة ٤٣٣ من التقنين الأردني .

انظر في الفقه الاسلامي : البدائع ج ١ ص ١١ و ج ٦ ص ١١ .

(مادة ٢٨٠)

١ - اذا امتنع سماع الدعوى بسبب التقادم بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين الا بقدر حصة هذا المدين .

٢ - واذا انقضت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى أو وقف سريانها بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٢ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي اقتضاه استعمال تعبير « عدم سماع الدعوى بسبب التقادم » بدلا من « انقضاء الدين بالتقادم » .

وتطابق المادة ٣٢٩ من التقنين العراقي .

تطابق المادة ٤٣٤ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٥٤ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٨١)

١ - لا يكون المدين المتضامن مسؤولا في تنفيذ الالتزام الا عن فعله .

٢ - واذا اعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين او قاضاه ، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة الى باقي المدينين . اما اذا اعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن ، فان باقي المدينين يستفيدون من هذا الاعذار .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٣ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٣٠ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٣٥ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٥٥ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٨٢)

اذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الأبراء من الدين او براءة النعمة منه بآية وسيلة أخرى ، استفادته الباقون . اما اذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاما أو يزيد فيما هم ملتزمون به ، فإنه لا ينفذ في حقهم الا اذا قبلوه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٣١ من التقنين العراقي .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٩ من التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٥١ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٣٢٦ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين سقط عنه الدين » ولا تبرأ ذمة الباقيين الا اذا صرح الدائن بذلك .

٢ - فاذا لم يصدر منه هذا التصريح فليس له أن يطالب باقي المدينين المتضامنين الا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذي أبراه » .

وتطابق في حكمها المادتين ٤٣٠ و ٤٣١ من التقنين الأردني .

فالمادة ٤٣٠ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا انقضت حصة أحد المدينين المتضامنين في الدين بطريق المقاصة أو اتحاد الذمتين أو الأبراء فان الدين لا ينقضي بالنسبة لباقي المدينين الا بقدر حصة هذا المدين » .

والمادة ٤٣١ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا لم يوافق الدائن على ابراء باقي المدينين المتضامنين من الدين فليس له أن يطالبهم بغير الباقي بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه الا اذا احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين وعندئذ يحق لهم الرجوع على المدين بحصته فيه » .

انظر في الفقه الاسلامي : البدائع ج ١ ص ١١ و ج ٦ ص ١١

(مادة ٢٧٨)

اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، بقي حقه في الرجوع على الباقيين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٠ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٢٧ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٣٢ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٥٢ من التقنين الكويتي .

انظر في الفقه الاسلامي : البدائع ج ١ ص ١١ و ج ٦ ص ١١ .

(مادة ٢٧٩)

١ - في جميع الأحوال التي يبرأ فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين ، سواء أكان الأبراء من الدين أم من التضامن ، يكون لباقي المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه في حصة المعسر منهم وفقا للمادة ٢٨٦ .

٢ - على أنه اذا أدخل الدائن المدين الذي أبراه من كل المسؤولية عن الدين ، فان الدائن هو الذي يتحمل نصيب هذا المدين في حصة المعسر .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٢٨ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٥٣ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها الجزء الاول من المادة ٤٣٩ من التقنين الأردني.

(مادة ٢٨٦)

إذا أسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعه هذا الأسار
المدين الذي وفي بالدين ، وسائر المدينين المورسين ، كل بقدر حصته .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٨ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٣٤ فقرة ثانية من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها الجزء الاخير من المادة ٤٣٩ من التقنين الأردني.

وتطابق المادة ٣٥٩ فقرة ثالثة من التقنين الكويتي .

انظر في الفقه الاسلامي : المبسوط ج ٢٠ ص ٢٩ و ٣٤ و ٣٨
البدائع ج ٦ ص ١٤ و ١٥ .

(مادة ٢٨٧)

إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في
الدين ، فهو الذي يتحمله كله نحو الباقيين .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٩ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٣٥ فقرة ثانية من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٤٠ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٦٠ من التقنين الكويتي .

انظر في الفقه الاسلامي : المبسوط ج ٢٠ ص ٢٩ و ٣٤ و ٣٨
البدائع ج ٦ ص ١٤ و ١٥ .

الفرع الثاني

عدم العاقبة للانقسام

(مادة ٢٨٨)

يكون الالتزام غير قابل للانقسام :

(ا) إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم .

(ب) إذا تبين من الغرض الذي رُمي اليه المتعاقدان أن الالتزام
لا يجوز تنفيذه منقسماً ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٠ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٣٦ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٦١ من التقنين الكويتي .

وتطابق المادة ٤٣٦ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٥٦ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٨٣)

١ - إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين ، فلا يسرى هذا
القرار في حق الباقيين .

٢ - وإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه الى
الدائن يميناً حلفها ، فلا يضار بذلك باقي المدينين .

٣ - وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى أحد المدينين
المتضامنين فحلف ، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٥ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٣٢ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٣٧ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٥٧ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٨٤)

١ - إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، فلا يحتاج
بهذا الحكم على الباقيين .

٢ - أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم ، فيستفيد منه الباقيون إلا
إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم
لصالحه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٦ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٣٣ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٣٨ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٥٨ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٨٥)

١ - إذا وفي أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له أن
يرجع على أي من الباقيين إلا بقدر حصته في الدين ، ولو كان بما
له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن .

٢ - وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين
الجميع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٧ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٥٩ فقرة أولى وثانية من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٣٤ فقرة أولى من التقنين العراقي .

أما إذا كان الأجنبي غير مدين للمدين ، أو كان مدينا ولكن لم تقيد الحوالة بهذا الدين في المذهب الحنفي ، فهذه هي الحوالة المطلقة . فإذا تصورنا أن المدين يريد أن يحيل دينه على الأجنبي ، كانت هذه حوالة للمدين بالمعنى الدقيق ، وهذه لا يسلم بها الفقه الإسلامي ، خلافا لما يقال عادة . فهي عنده أقرب إلى أن تكون كفالة أو تجديدا ، من أن تكون حوالة للمدين . وقد قدمنا أن الكفالة في الفقه الإسلامي هي الأصل في التضامن ، وهي هنا أيضا الأصل في الحوالة . وإذا تصورنا كذلك في الحوالة المطلقة أن الدائن هو الذي يريد أن يحيل حقه للأجنبي ، كانت هذه حوالة للحق بالمعنى الدقيق . وحوالة الحق أيضا لا يسلم بها الفقه الإسلامي بوجه عام . خلافا لما يقال عادة . ذلك أن الحنفية والشافعية والحنابلة لا يسلمون بهذه الحوالة ، أما المالكية فيسلمون بها في حدود معينة .

وحوالة الدين في الفقه الإسلامي تدخل في منطقة الوفاء بالدين لافي منطقة بيعه أو انتقاله (انظر في هذا المعنى ابن القيم نقلا عن ابن تيمية في أعلام الموقعين ج ١ ص ٣٤١) .

ويخلص من هذا أن الفقه الإسلامي لم يقر حوالة الدين بالمعنى الدقيق المعروف في فقه القانون الوضعي . فهي في الفقه الإسلامي إما تجديد أو كفالة في المذهب الحنفي ، وهي تجديد للدين بتغيير المدين وبتغيير الدائن في المذاهب الأخرى (١٠)

واقر الفقه الإسلامي حوالة الحق بشروط معينة في أحد مذاهبه ، وهو مذهب مالك ، دون المذاهب الأخرى . ويعتمد الفقه الإسلامي في مشروعية الحوالة على حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم ، حيث قال : « مطل الغنى ظم » ، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » .

(انظر في هذا الموضوع : البدائع ج ٦ ص ١ - ١٩ فتح القدير ج ٥ ص ٤٤٣ - ٤٥٢ . الزيلعي ج ٤ ص ١٧١ - ١٧٥ . الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٢٩٥ - ٣٠٦ . ابن عابدين ج ٤ ص ٤٤٦ - ٤٥٩ . بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٥٠ - ٢٥٢ . الخرشى ج ٦ ص ١٦ - ٢١ . الخطاب ج ٥ ص ٩٠ - ٩٦ . القوانين الفقهية لابن جزي ٢٢٧ . المهذب ج ١ ص ٣٢٨ و ٣٣٩ . المغني ج ٤ ص ٥٢١ - ٥٣٤ . صبحي محمدي ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ج ٢ ص ٣٤١ - ٣٥٦ . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٣ فقرة ٢٤٠ ص ٤٢٠ - ٤٣٧) .

وانظر : م ٦٧٣ - ٧٠٠ من المجلة وم ٨٥٩ - ٨٩١ من مرشد الحيران .

وانظر كذلك : م ٩٩٣ - ١٠١٧ من التقنين الأردني .

الفصل الأول

حوالة الحق

(مادة ٢٩١)

١ - يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر ، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام . وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين .

وتطابق في حكمها المادة ٤٤١ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « لا يقبل التصرف التجزئة إذا ورد على محل تباها طبيعية أو تبين من قصد المتعاقدين عدم جوازها » .

(مادة ٢٨٩)

١ - إذا تعدد الدائنون في التزام غير قابل للانقسام ، أو تعدد ورثة الدائن في هذا الالتزام ، جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا ، فإذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك ، كان المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو إبداع الشيء محل الالتزام .

٢ - ويرجع الدائنون على الدائن الذي استوفى الالتزام ، كل بقدر حصته .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٣٨ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٤٢ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٦٣ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٩٠)

١ - إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا .

٢ - وللمدين الذي وفي بالدين حق الرجوع على الباقيين ، كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٣٧ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٤٣ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٦٢ من التقنين الكويتي .

الباب الرابع

انتقال الالتزام

انتقال الالتزام في الفقه الإسلامي :

يعرف الفقه الإسلامي الحوالة . وهو يفرق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة . وفي كل من الحوالتين يوجد دائن ومدين وأجنبي محال عليه ، وهذا الأجنبي هو الذي يتركز فيه التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة .

فإذا كان هذا الأجنبي المحال عليه مدينا للمدين أو كان في يده له ودعية أو عين مضمومة ، وأراد المدين عن طريق الحوالة الوفاء بالدين الذي في ذمته للدائن بالحق (التي له في ذمة الأجنبي ، فهذه هي الحوالة المقيدة . وهي أقرب إلى أن تكون طريقا من طرق الوفاء بالدين من أن تكون حوالة بالمعنى الدقيق . وتقرها المذاهب جميعا ، على خلاف بينهما في الصياغة القانونية .

٢ - وإذا كانت الحوالة بعوض ، فيشترط فيها أن يعجل العوض .
وإذا كان العوض من جنس الحق المحال به ، وجب أن يكون مساويا له .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق المادة ٣٠٣ من التقنين الحالي وتطابق المادة ٣٦٢ من التقنين العراقي ، مع اختلاف لفظي .
وتطابق المادة ٣٦٤ من التقنين الكويتي ، مع اختلاف لفظي .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٤٢٧) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١١٢ و ١١٤ .

الفقرة الثانية من المادة المقترحة مستحدثة .

وبمقتضاها إذا كانت الحوالة بعوض ، فيشترط فيها أن يعجل هذا العوض . وهذا الشرط مأخوذ من مذهب الامام مالك . حيث يجب أن يعجل الثمن ، والا كان من بيع الدين بالدين وهذا غير جائز . فقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ وهو بيع الدين بالدين (الشرح الكبير ج ٤ ص ١٦٥) .

وإذا كان العوض من جنس الحق المحال به ، فيشترط لذلك أن يكون العوض مساويا للحق . فإذا اشترى المشتري الدين بثمن من جنسه أقل من قيمته ، كان سلفا بمنفعة ويدخله الربا .

والمذهب المالكي ، دون المذاهب الثلاثة الأخرى ، الحنفي والشافعي والحنبل . يقر حوالة الحق فيما يسميه بهية الدين وبيع الدين . ويشترط لانعقاد هبة الدين لغير الدين ، وهي حوالة حق عن طريق التبرع ، ما يشترط لانعقاد الهبة بوجه عام .

ويشترط لانعقاد بيع الدين الى غير الدين ، وهو حوالة حق عن طريق المعاوضة ، ما يشترط لانعقاد البيع بوجه عام . ويشترط المذهب المالكي الى جانب ذلك شروطا أخرى هي :

(١) الا يكون الدين حقا متنازعا فيه ، لان شراء ما فيه خصومة غير جائز . (٢) الا يكون الدين طعاما في ذمة المدين ، لان بيع الطعام قبل قبضه ممنوع . (٣) الا يكون الثمن من جنس الدين ، اذ المشتري يشتري الدين المؤجل عادة بأقل من قيمته فيكون سلفا بمنفعة ويدخله الربا . (٤) أن يعجل الثمن ، والا كان من بيع الدين بالدين وهذا غير جائز . (٥) الا يكون المشتري خصما للمدين ، والا كان في هذا اعنات للمدين بتسليط خصمه عليه .

انظر في ذلك : المدونة الكبرى للامام مالك ج ٩ ص ١٢٨ - ١٣٠ .
التباودي على التختة ج ٢ ص ٤٧ . السنهوري ، الوسيط ج ٣ فقرة ٢٤٠ ص ٤٣٤ و ٤٣٥ .

وانظر المادة ٦٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك (الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ٣٧ . مواهب الجليل ج ٤ ص ٣٦٨) .

وقد اعتمد المشروع من هذه الشروط الشرطين الواردين في الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

(مادة ٢٩٢)

لا تجوز حوالة الحق الا بقدر ما يكون منه قابلا للججز .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٤ من التقنين الحالي ، مع استبدال لفظ « بقدر » بلفظ « بمقدار » .

وتطابق المادة ٣٦٤ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٦٥ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٤٢٩) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١١٢ و ١١٤ .

(مادة ٢٩٣)

لا تكون الحوالة نافذة في حق المدين او في حق الغير الا اذا قبلها المدين أو أعلن بها . على أن نفاذها في حق الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٥ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي باستبدال عبارة « في حق » بلفظ « قبل » .

وتطابق المادة ٣٦٣ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٦٦ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٤٣٠) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١١٦ .

(مادة ٢٩٤)

يجوز قبل اعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الاجراءات ما يحافظ به على الحق الذي انتقل اليه .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٦ من التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٦٧ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٩٥)

ينتقل الحق الى المحال له بصفاته وتوابعه وضمائنه . وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من اقساط .

(مادة ٢٩٨)

- ١ - إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل الوجود الحق للمحال به وقت الحوالة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .
- ٢ - أما إذا كانت الحوالة بغير عوض ، فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق .

- هذه المادة تطابق المادة ٣٠٨ من التقنين الحالي .
- وتطابق المادة ٣٦٨ من التقنين العراقي .
- وتطابق المادة ٣٧١ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٩٩)

- ١ - لا يضمن المحيل يسار المدين الا اذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان .
- ٢ - وإذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا يتصرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت الحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك .

- هذه المادة تطابق المادة ٣٠٩ من التقنين الحالي .
- وتطابق في حكمها المادة ٣٦٩ من التقنين العراقي التي تطابق الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

- وتطابق في حكمها المادة ٣٧٢ من التقنين الكويتي التي تطابق الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

(مادة ٣٠٠)

- إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً للمادتين السابقتين ، فلا يلزم المحيل الا برد ما اخذ من المحال له مع المصروفات ، ولوجود اتفاق يقضى بغير ذلك .

- هذه المادة تقابل المادة ٣١٠ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً للمادتين السابقتين ، فلا يلزم المحيل الا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك ، » .

- وقد عدلت صياغة نص التقنين الحالي بما يجعل الحكم أوضح كما حذف منه لفظ « الفوائد » اتساقاً مع ما تقدم النص عليه من تحريم للربا .

- وبلاحظ ان وضع حد أقصى لمقدار ما يرجع به المحال له هو من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على مخالفته . وقد قصد به توطئ السبيل على المدين الذين يستغلون حاجة الناس فيشترون حقوقهم بأبخص الائتمان ، ثم يشترطون لأنفسهم حق الرجوع بها كاملة عليهم اذا لم يستوفوها كاملة من المحال عليهم .

هذه المادة تقابل المادة ٣٠٧ من التقنين الحالي التي تنص على ان « تشمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن ، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد واقساط ، » .

وقد عدل النص التقنين الحالي على نحو يتضح منه كل ما تشمله الحوالة . كما حذف منه لفظ « فوائد » اتساقاً مع ما تقدم النص عليه من تحريم للربا .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٣٦٥ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « ينتقل الحق الى المحال له بصفته وضماناته كالكفالة والامتياز والرهن وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من فوائد واقساط ، » .

وتقابل المادة ٣٦٨ من التقنين الكويتي التي تنص على ان « ينتقل الحق الى المحال له بصفاته وتوابعه وتأميناته ، » .

(مادة ٢٩٦)

يجب على المحيل ان يسلم الى المحال له سند الحق المحال به ، وان يقدم له وسائل اثبات هذا الحق ، وما هو ضروري من بيانات لتمكينه من حقه .

هذه المادة مستحدثة

وهي تطابق المادة ٤٣٤ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي حذفت في لجنة المراجعة .

وتطابق المادة ٣٦٧ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٦٩ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٩٧)

للمدين ان يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له ، وقت نفاذ الحوالة في حقه ، ان يتمسك بها قبل المحيل ، كما يجوز له ان يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٢ من التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٦٦ من التقنين العراقي التي تنص على ان « للمحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له ، عند صيرورة الحوالة نافذة في حقه ، ان يحتج بها على المحيل كما يجوز له ان يحتج بالدفع الخاصة بالمحال له وحده ، » .

وتطابق في حكمها المادة ٣٧٠ من التقنين الكويتي التي تنص على ان « للمدين ان يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له ، وقت نفاذ الحوالة في حقه ، ان يحتج بها على المحيل ، كما يجوز له ان يحتج بالدفع الخاصة به في مواجهة المحال له ، » .

والمادة المقترحة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٣٧٣ من التقنين الكويتي .

وتطابق المادة ٣٧٠ من التقنين العراقي ، فيما عدا أن هذه الأخيرة تذكر الفوائد ضمن ما يلزم المحيل برده كما هو الحكم في نص التقنين الحالي .

(مادة ٣٠١)

يكون المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة بغير عوض ، وحتى لو اشترط عدم الضمان .

هذه المادة تطابق المادة ٣١١ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظ بسيط

وتطابق في حكمها المادة ٣٧١ من التقنين العراقي التي تنص على أن « يضمن المحيل تعديده حتى لو كانت الحوالة بغير عوض وحتى لو اشترط عدم الضمان » .

وتطابق في حكمها المادة ٣٧٤ من التقنين الكويتي التي تنص على

ما يأتي : « ١ - يكون المحيل مسئولاً عن تعويض المحال له عما يلحقه من ضرر بسبب أفعاله الشخصية ولو كانت الحوالة بغير عوض .
٢ - ويقع باطلاً كل شرط يقضى بغير ذلك » .

(مادة ٣٠٢)

إذا تعددت الحوالة بحق واحد ، فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٣ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٧٣ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٧٥ من التقنين الكويتي .

(مادة ٣٠٣)

١ - إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر .

٢ - وفي هذه الحالة إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير ، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٧٤ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٧٦ من التقنين الكويتي .

الفصل الثاني

حوالة الدين

(مادة ٣٠٤)

تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٥ من التقنين الحالي .

وتقابل المادة ١/٣٣٩ من التقنين العراقي التي تنص على أن « حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه » .

وتقابل المادة ٩٩٣ من التقنين الأردني التي تنص على أن : « الحوالة نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه » .

وتقابل المادة ١/٣٧٧ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « يترتب على حوالة الدين نقل الدين من ذمة المدين الأصلية إلى ذمة المحال عليه » .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٨٧٠ من مرشد الحيراني على أنه « اذا قبل المحتال الحوالة ورضي المحتال عليه بها برى المحيل وكفيله ان كان له كفيل من الدين ومن المطالبة معا وثبت للمحتال حق مطالبة المحتال عليه غير أن براءة المحيل وكفيله مقيدة بسلامة حق المحتال » .

ونصت المادة ٦٧٣ من المجلة على أن « الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى » .

(أنظر رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٢٨٨)

(مادة ٣٠٥)

١ - تنقذ الحوالة التي تتم بين المدين الأصلي والمحال عليه موقوفة على قبول الدائن .

٢ - وإذا قام المدين الأصلي أو المحال عليه بإعلان الحوالة إلى الدائن ، وعين له أجلاً معقولاً لقبول الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر القبول ، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة .

(مادة ٣٠٧)

يضمن المدين الأصلي أن يكون المحال عليه موسرا وقت قبول الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٩ من التقنين الحالي ، مع استبدال لفظ « قبول » بلفظ « اقرار » .

وتقابل المادة ٣٦٩ من التقنين العراقي التي تنص على أنه :

« اذا ضمن المحيل يسار المحال عليه فلا ينصرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك » .

وتقابل المادة ١٠١١ من التقنين الاردني التي تنص على أنه « اذا ضمن المحيل للمحال له يسار المحال عليه فلا ينصرف هذا الضمان الا الى يساره وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك » .

وفي الفقه الاسلامي يعتبر حكم النص المقترح تطبيقا للقاعدة التي تنص عليها المادة ١١ من المجلة ، حيث تقول : « الاصل اضافة الحادث الى اقرب أوقاته » .

(مادة ٣٠٨)

يجوز لذلك أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلي في التزامه .

هذه المادة تطابق الفقرة الاولى من المادة ٢٢١ من التقنين الحالي ، مع استبدال كلمة « كذلك » بكلمة « أيضا » .

اما الفقرة الثانية من هذه المادة الأخيرة فتقول « وتسرى في هذه الحالة احكام المادتين ٢١٨ و ٢٢٠ » . وهي تشير بذلك الى أن الدين في هذه الصورة الثانية للحوالة ينتقل بضماناته وما يتصل به من دفع ، كما هو الشأن في الصورة الاولى للحوالة . وقد حذف هذه الفقرة بعد نقل المادة المقترحة الى موضع متقدم يأتي قبل النص على الضمانات والدفع ، بحيث يتضح من سياق المواد أن انتقال الدين بضماناته ودفعه يصدق على كل من صورتى الحوالة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي (م ٤٥٥) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٥٧ و ١٥٨ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٣٧٩ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « تصح الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه ولكن اذا لم يقرها المدين الأصلي فلا يكون للمحال عليه حق في الرجوع عليه طبقا لاحكام حوالة الدين » .

وتقابل المادة ٣٤١ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « يصح عقد الحوالة بين الدائن والمحال عليه . ويلزم المحال عليه بالاداء ولكن ليس له الرجوع على المدين الأصلي الا اذا اقر المدين الحوالة » .

هذه المادة تقابل المادة ٣١٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن الا اذا اقرها .

٢ - واذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي باعلان الحوالة الى الدائن ، وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ثم انقضى الاجل دون أن يصدر الاقرار ، اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة » .

وقد أدخل على هذه المادة الواردة في التقنين الحالي التعديلات الآتية :

اولا - عدلت صياغة الفقرة الاولى بحيث تصبح الحوالة موقوفة على قبول الدائن .

ثانيا - استبدل في الفقرة الثانية لفظ « القبول » بلفظ « الاقرار » .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٣٤٠ من التقنين العراقي مع اختلاف لفظي .

وتقابل المادة ٣٧٨ من التقنين الكويتي التي تطابق نص التقنين الحالي .

والفقرة الاولى منها تطابق المادة ٢/٩٩٦ من التقنين الاردني .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٦٨٢ من المجلة على أن « الحوالة التي اجريت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفه على قبول المحال له وهذا يطابق ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة المقترحة .

(انظر فتح القدير ج ٦ ص ٣٤٧ . الكاساني ج ٦ ص ١٦ . وقارن : منصور بن ادریس ، كتاب الفناع ج ٢ ص ١٨٧) .

(وانظر عرضا لراى الحنفية والحنابلة في هذا الموضوع في مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٤٠ و ١٤١) .

(مادة ٣٠٦)

١ - اذا لم يحدد الدائن موقفه من الحوالة قبولا او رفضا ، كان المحال عليه ملزما قبل المدين الأصلي بالوفاء ، للدائن في الوقت المناسب ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . ويسرى هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة .

٢ - على أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ، ما دام هو لم يقر بها التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٧ من التقنين الحالي مع استبدال لفظ « قبولا » بلفظ « اقرارا » في الفقرة الاولى ، واجراء تعديل لفظي في صياغة هذه الفقرة .

(مادة ٣١٠)

للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بما كان المدين الأصلي من دفعات متعلقة بذات الدين . كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ٣٢٠ من التقنين الحالي التي تنص على أن « للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها . كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة » .

وتطابق في حكمها المادة ٣٤٩ من التقنين العراقي التي تنص على أن « للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بما كان للمحيل من دفعات متعلقة بذات الدين وليس له أن يتمسك بما كان من الدفع خاصة بشخص المحيل وإنما يجوز له أن يتمسك بما كان خاصا بشخصه هو » . وهذا النص يطابق نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في فقرته الأولى (م ٤٥٣) ، ويتفق في الحكم مع نص التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ١٠٠٥ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٨٢ من التقنين الكويتي .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٨٧٥ من مرشد الحيران على أن « يتحول الدين على المحتال عليه بصفته التي على المحيل » . وترتب المادة على ذلك بأن الدين يحتفظ في كنف المحال عليه بمشخصاتة ، كما لو كان حالا أو مؤجلا . ومؤدى هذه القاعدة من الناحية المنطقية جواز تمسك المدين الجديد بالدفع قبل الدائن (انظر مذكرة المشروع للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٥٥) وانظر كذلك المادة ١٠٠٣ من التقنين الأردني .

(مادة ٣١١)

١ - لا يستتبع بيع العقار المرهون رهنا رسميا انتقال الدين المضمون بالرهن الى ذمة المشتري الا اذا كان هناك اتفاق على ذلك .

٢ - فاذا اتفق البائع والمشتري على حوالة الدين ، وسجل عقد البيع ، تعين على الدائن متى أعلن رسميا بالحوالة ان يقرها او يرفضها في ميعاد لا يتجاوز ستة اشهر ، فاذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوتة اقرارا .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٢ من التقنين الحالي .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٤٥٦) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٦١-١٦٤ .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٦٨١ من المجلة على انه « يصح عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه وحدهما » . ومؤدى هذا ان الحوالة يصح ان تنعقد بمعزل عن المدين الأصلي ، لان تحصل الدين عنه يتمحص لمنفعته (ابن عابدين ، رد المحتار ج ٦ ص ٣٢٢) .

(مادة ٣٠٩)

١ - تبقى للدين المحال به ضماناته .

٢ - ومع ذلك لا يبقى الكفيل ، عينيا كان او شخصا ، ملتزما قبل الدائن الا اذا رضى بالحوالة .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٨ من التقنين الحالي .
وتطابق المادة ١٠٠٤ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها ما يقضى به المادة ٣٨١ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - ينتقل الدين الى المحال عليه بصفاته وتوابعه وتأميناته .

٢ - ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينيا كان او شخصا ملتزما قبل المحال له الا اذا رضى بالحوالة .

وتطابق في حكمها المادة ٣٤٨ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - تبقى للدين المحال به ضماناته بالرغم من تغير شخص المدين .
فاذا أحال الراهن المرتهن بالدين على آخر أو أحال المشتري البائع بالثمن على آخر فلا يسقط حق المرتهن في الرهن ولا حق البائع في حبس المبيع . أما اذا أحال المرتهن غريما له على الراهن فإن حقه في الرهن يسقط ولا يكون رهنا للمحال له ، وكذا اذا أحال البائع غريما له على المشتري بالثمن يسقط حقه في حبس العين المباعة .

٢ - على ان من كفل الدين المحال به كفالة شخصية أو عينية لا يكفل المحال عليه الا اذا رضى الكفيل بالحوالة .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٨٧٠ من مرشد الحيران على أنه : « اذا قبل المحتال الحوالة ورضى المحتال عليه بها برىء المحيل وكفيله ان كان له كفيل من الدين ومن المطالبة معا وثبت للمحتال حق مطالبة المحتال عليه غير أن براءة المحيل وكفيله مقيدة بسلامة حق المحتال » .

ونصت المادة ٦٩٠ من المجلة على أن « حكم الحوالة هو أن يبرأ المحيل من الدين ، وكفيله من الكفالة أن كان له كفيل ويثبت للمحال له حق مطالبة ذلك الدين من المحال عليه واذا أحال المرتهن أحدا على الراهن فلا يبقى له حق حبس الرهن ولا صلاحية توقيفه » .

ويتضح من هذا أن الكفيل عند الحنفية يبرأ بمجرد قبول الدائن للحوالة .

والكن الرأي عند محمد أن الدائن يستبقى حقه في حبس الرهن المقدم من المدين نفسه (انظر مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٥٢ و ١٥٣) .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ٣٣٥ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفي به ، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه » .

« ١ - يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفي فيه ينقضي به الالتزام ، إذا لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات في الصياغة واللفظ على النحو الوارد في النص المقترح .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٣٩٢ من التقنين الكويتي .

وتقابل المواد ٣٧٦ و ٣٧٧ و ٣٧٨ من التقنين العراقي .

فالمادة ٣٧٦ من هذا التقنين تنص على أنه « يشترط لئفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكا لما دفعه فان استحق بالبيئة وأخذه صاحبه أو هلك وأخذ بدله فللدائن الرجوع بدينه على غريمه » .

والمادة ٣٧٧ تنص على أنه « إذا كان الدين صغيرا مميذا أو كبيرا معتموها أو محجورا عليه لسفه أو غفله ودفع الدين الذي عليه صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى » .

والمادة ٣٧٨ تنص على أنه « لا يصح للمدين أن يوفى دين أحد غرمائه في مرض موته إذا أدى هذا الوفاء الى الاضرار ببقية الدائنين » .

ويلاحظ أن المادة المقترحة تطابق في حكمها المادتين ٣٧٦ و ٣٧٧ من هذا التقنين .

وتقابل المادتين ٣١٨ و ٣١٩ من التقنين الأردني .

فالمادة ٣١٨ من هذا التقنين تنص على أنه « يشترط للبراءة من الدين أن يكون الموفى مالكا لما وفي به وإذا كان الدين صغيرا مميذا أو كبيرا معتموها أو محجورا عليه لسفه أو غفله ودفع الدين الذي عليه صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى » .

والمادة ٣١٩ تنص على أنه « لا ينفذ الوفاء لبعض الدائنين في حق الدائنين الآخرين إذا كان الدين محجورا للدين وفي من المال المحجور أو مريضا مرض الموت وكان الوفاء يضر ببقية الدائنين » .

ويلاحظ أن المادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٣١٨ من هذا التقنين .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٢١٩ من مرشد الحيران على أنه « إذا كان المديون صغيرا مميذا أو كبيرا معتموها أو محجورا عليه لسفه ودفع الدين الذي عليه صح دفعه وبرئت ذمته » .

ونصت المادة ٢٢١ على أنه « يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكا لما دفعه فان استحق بالبيئة وأخذه صاحبه أو هلك وأخذ بدله فللدائن الرجوع بدينه على غريمه » .

ويتضح من هذا أن المادة المقترحة تتفق في أحكامها مع احكام الفقه الاسلامي .

(مادة ٣١٤)

إذا وفي المدين دين بعض الدائنين وهو في مرض موته ، وكان ماله لا يسع الوفاء بجميع ديونه ، فأدى الوفاء بالدين الى الاضرار ببقية الدائنين ، فان الوفاء لا ينفذ في حق هؤلاء الباقيين .

الباب الخامس

انقضاء الالتزام

الفصل الأول

الوفاء

الفرع الأول

طرقا الوفاء

(مادة ٣١٢)

١ - يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة في الوفاء .

٢ - ويصح الوفاء أيضا ممن ليست له مصلحة في الوفاء ، وأو كان ذلك دون علم المدين أو رغم ارادته . على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض .

٣ - وفي جميع الأحوال فإنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ٣٢٣ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة في الوفاء ، وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٠٨ .

٢ - ويصح الوفاء أيضا مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة في هذا الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم ارادته ، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض » .

وقد رؤى في المادة المقترحة اضافة فقرة ثالثة تتضمن التحفظ المشار اليه في نص التقنين الحالي .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٣٧٥ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها المادة ٣١٧ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ٣٩١ من التقنين الكويتي .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٩٦ من مرشد الحيران على أنه « يجوز وفاء الدين من المديون الاصيل ومن الكفيل ان كان له كفيل أو من شريكه ان كان الدين مشتركا » . ونصت المادة ١٩٧ على أنه « يجوز وفاء الدين المطلوب من المدين من شخص غيره بأمره وبغير أمره » .

(مادة ٣١٣)

١ - يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفي به ، وأن يكون أهلا للتصرف فيه .

٢ - ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق من ناقص الأهلية يكون صحيحا إذا لم يلحق الوفاء ضررا به .

• هذه المادة مستحدثة .

وهي تقضي بأن الوفاء الذي يصدر من المدين المعسر في مرض موته لبعض دائئه لا ينفذ في حق الباقيين منهم لما يؤدي اليه من الأضرار بهم . فيكون لهؤلاء أن يطلبوا استرداد ما دفعه المدين ، ويقسم بين جميع الدائنين قسمة الفرعاء .

وهي تعتبر تطبيقاً لما يقرره الفقه الاسلامي في تصرفات المريض مرض الموت .

وهي تطابق في حكمها المادة ٣٧٨ من التقنين العراقي التي تنص على انه « لا يصح للمدين أن يوفي دين أحد غرمائه في مرض موته اذا أدى هذا الوفاء الى الاضرار ببقية الدائنين » .

وتطابق في حكمها ما جاء في المادة ٣١٩ من التقنين الاردني التي تنص على انه « لا ينفذ الوفاء لبعض الدائنين في حق الدائنين الآخرين اذا كان المدين محجوراً للدين ووفى من المال الموجود او مريضاً مرض الموت وكان الوفاء يضر ببقية الدائنين » .

(مادة ٣١٥)

١ - اذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه .

٢ - ومع ذلك يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير ارادته ان يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه ، كلاً او بعضاً ، اذا أثبت أن له مصلحة في الاعتراض على الوفاء .

• هذه المادة تطابق المادة ٣٣٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٩٥ من التقنين الاردني مع اختلاف لفظي بسيط في الفقرة الثانية .

انظر في الفقه الاسلامي المادتين ١٩٨ و ٢٠٥ من مرشد البحران .

(مادة ٣١٦)

اذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه في الاحوال الآتية :

(أ) اذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين او ملزماً بوفائه عنه .

(ب) اذا كان الموفى دائناً ووفى دائناً آخر مقدماً عليه بماله من تأمين عيني ، ولو لم يكن الموفى أي تأمين .

(ج) اذا كان الموفى قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه وفاء لدائنين حصص العقار لضمان حقوقهم .

(د) اذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول .

• وتطابق المادة ٣٧٩ من التقنين العراقي .

• وتطابق المادة ٣٧٩ من التقنين العراقي .

• وتطابق المادة ٣٩٤ من التقنين الكويتي .

(مادة ٣١٧)

للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ، ولو لم يقبل المدين ذلك ، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء .

• هذه المادة تطابق المادة ٣٢٧ من التقنين الحالي .

وتطابق الفقرة الاولى من المادة ٣٨٠ من التقنين العراقي ، فيما عدا ان هذه الاخيرة تشترط أن يكون الاتفاق بورقة رسمية ، كما كان الامر في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي .

• وتطابق الفقرة الاولى من المادة ٣٩٥ من التقنين الكويتي .

(مادة ٣١٨)

يجوز أيضاً للمدين اذا افترض مالا وفي به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ، ولو بغير رضا هذا الدائن ، على ان يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء ، وفي المخالصة ان الوفاء كان من هذا المال الذي اقترضه الدائن الجديد .

• هذه المادة تطابق المادة ٣٢٨ من التقنين الحالي .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ٣٨٠ من التقنين العراقي ، فيما عدا ان هذه الاخيرة تشترط أن يكون الحلول بورقة رسمية ، كما كان عليه الامر في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي .

• وتطابق الفقرة الثانية من المادة ٣٩٥ من التقنين الكويتي .

(مادة ٣١٩)

من حل قانوناً او اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكلفه من تأهيلات ، وما يرد عليه من دفعات . ويكون هذا الحلول بالقدر الذي اداه من حل محل الدائن .

• هذه المادة تطابق المادة ٣٢٩ من التقنين الحالي .

• وتطابق المادة ٣٨١ من التقنين العراقي .

• وتطابق المادة ٣٩٦ من التقنين الكويتي .

(مادة ٣٢٠)

١ - اذا وفي غير المدين الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدماً على من وفاه ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

٢ - واذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق ، وجع من حل أخيراً هو ومن تقدمه في الحل كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الفرعاء .

فإذا تم الوفاء بحسن نية لهذا الدائن الظاهر ، كان الموفى معذورا في اعتقاده أنه يفي بالدين للدائن الحقيقي في ضوء الاعتقاد بين الناس . ومن ثم يكون هذا الوفاء مبررا لذمة المدين ، ويبقى من حق الدائن الحقيقي أن يرجع على الدائن الظاهر وفقا للقواعد العامة .

وتطبق في حكمها المادة ٢٨٤ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو تم بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهرا كالوارث الظاهر » .

وتطبق المادة ٤٠١ من التقنين الكويتي ، فيما عدا أن هذه الأخيرة تشير الى الدائن الظاهر بعبارة « لشخص ظاهر بمظهر الدائن » .

(مادة ٣٣٤)

إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا ، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، اعتبر أنه قد تم اعذاره من الوقت للذي يسجل المدين عليه هذا الرفض باعلان رسمي .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٤ من التقنين الحالي .

وتقابل المادة ٣٨٥ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا أو إذا رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ؛ أو إذا أعلن أنه لن يقبل الوفاء فيجوز للمدين أن ينذر الدائن بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها في الإنذار .

٢ - ولا يتم اعذار الدائن الا اذا اودع المدين الشيء على ذمة الدائن بعد انقضاء هذه المدة وأنذره بهذا الإيداع » .

وتقابل المادة ٣٢٢ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا حث يجب قبوله أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، أعززه اليه المدين باعلان وحدد له مدة مناسبة يقوم فيها بما يجب عليه لاستيفاء حقه » .

وتطبق في حكمها الفقرة الأولى من المادة ٤٠١ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « إذا رفض الدائن بغير مبرر مقبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا ، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه يرفض الوفاء ، كان للمدين أن ينذره مسجلا عليه هذا الرفض » .

وفيها يتعلق بالفقه الإسلامي براجع ما جاء عن المادة التالية .

(مادة ٣٣٥)

إذا تم اعذار الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه ، وأصبح للمدين الحق في ايداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٥ من التقنين الحالي بعد أن حذفت من هذه الأخيرة عبارة « ولوقت سريان الفوائد » تمشيا مع تحريم الربا .

هذه المادة تطابق المادة ٣٣٠ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٨٢ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٩٧ من التقنين الكويتي .

(مادة ٣٣٦)

إذا وفي حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحال أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار .

هذه المادة تطابق المادة ٣٣١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٩٨ من التقنين الكويتي .

(مادة ٣٣٧)

يكون الوفاء للدائن أو لنائبه . ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صابرة من الدائن ، إلا إذا كان متفقا على أن الوفاء يكون للدائن شخصا .

هذه المادة تطابق المادة ٣٣٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٢٠ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٩٩ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٣٨٣ من التقنين العراقي التي تنص على ما يلي :

« ١ - يصح دفع الدين للدائن أو وكيله أن كان غير محجور فان كان محجورا فلا يصح دفع الدين للدائن بل يدفع لمن له حق قبضه من ولي أو وصي أو قيم .

٢ - فإذا دفع المدين الدين الى الدائن المحجور فلا يعتبر دفعه ولا تبرأ ذمته من الدين بل إذا هلك ما دفعه أو ضاع من المحجور فالولي أو الوصي أو القيم مطالبة المدين بالدين » . ويلاحظ أن هذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري . انظر كذلك المادة ٣٢١ من التقنين الأردني .

وانظر في الفقه الاسلامي المادتين ٢١٧ و ٢١٨ من مرشد الحيران .

(مادة ٣٣٨)

إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه ، ويقدر هذه المنفعة ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان هو الدائن الظاهر

هذه المادة تطابق المادة ٣٣٣ من التقنين الحالي ، فيما عدا استبدال عبارة « هو الدائن الظاهر » في نهاية النص بعبارة « المدين في حياته » ، لان الحياة لاترد على الحق الشخصي ، وانما يتعلق الأمر بمظهر تنوثر لشخص على غير الحقيقة ، حيث يظهر أمام الناس على أنه الدائن وبحسبه الناس كذلك ، كما هي الحال بالنسبة الى الوارث الظاهر .

وتقابل المادة ٣٢٥ من التقنين الأردني التي تطابق الفقرة الثانية من المادة ٣٨٧ من التقنين العراقي المذكورة .

ويتفق حكم التقنين العراقي والتقنين الاردني مع حكم النص المقترح، فيما عدا أن هذين التقنينين يبجحان عند الضرورة عدم استئذان القضاء في بيع الشيء .

(مادة ٣٢٨)

يكون الا ايداع أو ما يقوم مقامه من اجراء جائزاً كذلك ، اذا كان المدين يجهل شخصيه الدائن أو موطنه ، أو كان الدائن عديم الاعلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء ، أو كان الدين متنازعا عليه بين عدة اشخاص ، أو كانت هناك اسباب جدية أخرى تبرر هذا الاجراء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٨ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٨٨ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٢٦ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ٤٠٣ من التقنين الكويتي .

(مادة ٣٢٩)

يقوم العرض الحقيقي بالنسبة الى المدين مقام الوفاء ، اذا تلاه ايداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات ، أو تلاه أي اجراء مماثل . وذلك اذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٩ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٢٧ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٤٠٢ من التقنين الكويتي .

وتقابل الفقرة الاولى من المادة ٣٨٦ من التقنين العراقي التي تنص على أن « يقوم الايداع مقام الوفاء اذا قبله الدائن أو صدر حكم بصحته » .

(مادة ٣٣٠)

١ - اذا عرض المدين الدين وتبع العرض بايداع أو باجراء مماثل، جاز له أن يرجع في هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله ، أو ما دام لم يصدر حكم نهائي بصحته . واذا رجع فلا تبرأ ذمة شركائه في الدين ولا ذمة الضامنين .

٢ - اما اذا رجع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن ، أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، فإنه لا يكون لهذا الدائن أن يتهمك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأميمات وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٠ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي بسيط في الفقرة الثانية .

وتطابق المادة ٣٨٩ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٢٨ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٤٠٤ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٢٣ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « يتروتب على اعدار الدائن أن يصير الشيء محل الالتزام في ضمان الدائن اذا كان من قبل في ضمان المدين وأن يصبح للمدين الحق في ايداعه على نفقة الدائن وفي ضمان ما أصابه من ضرر » .

وتطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة ٤٠١ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي : « فاذا تم الانذار تحمل الدائن تبعة هلاك الشيء أو تلفه وأصبح للمدين الحق في ايداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « وفي هذه الحالة (أي الايداع) تكون نفقات الايداع على الدائن وهو الذي يتحمل تبعة هلاك الشيء من وقت الايداع ومن هذا الوقت أيضا يقف سريان الفوائد » .

ولم يرد في الفقرة الاسلامى تنظيم مفصل على النحو المذكور في المادتين ٣٢٤ ، ٣٢٥ من المشروع في حالة رفض الدائن قبول الوفاء ، وانما ورد في مرشد الحيران نص عام هو نص المادة ٢٠٩ التي تقضي بأنه « اذا عرض المديون مبلغ الدين على غريمه فامتنع من قبضه فله أن يرفع الامر الى الحاكم ليأمره بقبضة » .

(مادة ٣٣٦)

اذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات ، وكان الواجب أن يسلم في المكان الذي يوجد فيه ، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسليمه أن يحصل على ترخيص من القضاء في ايداعه . فاذا كان هذا الشيء عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة .

هذه المادة تطابق المادة ٣٣٦ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٢٤ من التقنين الأردني .

وتقابل الفقرة الاولى من المادة ٣٨٧ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « اذا كان محل الوفاء عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد وطلب المدين من المحكمة وضعه تحت يد عدل قام تسليم الشيء للعدل مقام الايداع » .

(مادة ٣٣٧)

١ - يجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالازداد العلني الأشياء التي يسرع اليها التلف ، أو التي تكلف نفقات باهظة في ايداعها أو حراستها ، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة .

٢ - فاذا كان الشيء له سعر معروف في الاسواق أو كان التعامل فيه متداولاً في البورصات فلا يجوز بيعه بالازداد الا اذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف .

هذه المادة تطابق المادة ٣٣٧ من التقنين الحالي .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ١٨٧ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « واذا كان الشيء يسرع اليه التلف أو يكلف نفقات باهظة في ايداعه فإنه يجوز للمدين بعد استئذان المحكمة أو دون استئذان عند الضرورة أن يبيعه بسعره المعروف في الاسواق فان تعذر ذلك فبالازداد العلني ويقوم ايداع الثمن مقام ايداع الشيء نفسه » .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٢١٥ من مرشد الحيران على الحكم الوارد في الفقرة الاولى .

(مادة ٣٣٣)

اذا كان المدين ملزما بأن يوفى مع الدين مصروفات وتعويضات عن التأخير في الوفاء ، وكان ما أداه لا يفي بالدين مع هذه الملحقات ، استنزل ما أدى من حساب المصروفات ثم من التعويضات ثم من أصل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٣ من التقنين الحالي التي تنص على انه « اذا كان المدين ملزما بأن يوفى مع الدين مصروفات وفوائد ، وكان ما أداه لا يفي بالدين مع هذه الملحقات ، خصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين ، كل هذا ما لم يتفق على غيره » .

وقد حذف من هذا النص لفظ « الفوائد » واستبدلت به عبارة « تعويضات عن التأخير في الوفاء » تمشياً مع تحرير الربا ، واتساقاً مع ما تقضى به المادة ٢٣٦ من المشروع التي تنص على أنه « اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وتأخر المدين في الوفاء به ، جاز للدائن ان يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب التأخير » . كما ادخلت بعض تعديلات لفظية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٠٧ من التقنين الكويتي . وتطابق في حكمها المادة ٣٣١ من التقنين الأردني التي تنص على انه « اذا كان المدين ملزماً بأن يوفى مع الدين اية نفقات وكان ما أداه لا يفي بالدين مع تلك النفقات حسم ما أدى من حساب النفقات ثم من أصل الدين هذا ما لم يتفق على غيره » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٣٩٣ من التقنين العراقي التي تطابق نص التقنين الحالي .

(مادة ٣٣٤)

اذا تعددت الديون في ذمة المدين ، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد ، وكان ما أداه المدين لا يفي بهذه الديون جميعاً ، جاز للمدين عند الوفاء ان يعين الدين الذي يريد الوفاء به ، ما لم يوجد مانع قانوني او اتفاقي يحول دون هذا التعيين .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٣٢ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٤٠٨ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ١/٣٩٣ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « اذا دفع المدين أحد دينين واجبين في ذمته وكان أحدهما مطلقاً والآخر مشمولاً بكفالة أو برهن أو كان أحدهما قرضاً والآخر ثمن مبيع أو كان أحدهما مشتركاً والآخر خالصاً أو كان الدينان متباينين بوجه من الوجوه واختلف الطرفان في وجهة الدين يعتبر قول المدين في تعيين جهة الدفع » . وحكم هذا النص يتفق في مجموعه مع حكم التقنين الحالي .

الفرع الثاني

محل الوفاء

(مادة ٣٣١)

يكون الوفاء بالشئ المستحق أصلاً ، فلا يجبر الدائن على قبول شئ غيره ، ولو كان هذا الشئ مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤١ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي .

وتطابق في حكمها المادة ٤٠٥ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٢٩ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا كان الدين مما يتعين بالتعيين فليس للمدين ان يدفع غيره بدلاً عنه دون رضا الدائن حتى لو كان هذا البديل مساوياً في القيمة للشئ المستحق أو كانت له قيمة أعلى .

٢ - اما اذا كان مما لا يتعين بالتعيين وعين في العقد فللمدين دفع مثله وأن لم يرض الدائن » .

وتطابق في حكمها المادة ٣٩٠ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٣٢٩ من التقنين الأردني المذكورة .

ويضيف التقنين العراقي في المادة ٣٩١ ان « رب الدين اذا ظفر عرضاً بجنس حقه من مال مدينه وهو على صفته فله الاحتفاظ به » . وهذه المادة مأخوذة من الفقه الاسلامي . وهي لا تتعارض مع القواعد العامة .

انظر في الفقه الاسلامي المادتين ٢٠٨ و ٢٢٢ من مرشد الحيران .

وكذلك رد المحتار على الدرر ٣ ص ٢٧٦ و ٢٧٧ .

(مادة ٣٣٢)

١ - لا يجوز للمدين ان يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ، ما لم يوجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك .

٢ - واذا كان الدين متنازعا في جزء منه وقبل الدائن ان يستوفي الجزء المعترف به ، فليس للمدين ان يرفض الوفاء بهذا الجزء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٢ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي بسيط .

وتطابق المادة ٣٣٠ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٤٠٦ من التقنين الكويتي .

والفقرة الاولى منها تطابق في حكمها المادة ٣٩٢ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « اذا كان الدين حالاً فليس للمدين ان يجبر دائنه على قبول بعضه دون البعض ولو كان قابلاً للتبعيض » .

انظر في الفقه الاسلامي المواد ٢١٢ و ٢١٣ و ٢١٥ من مرشد الحيران .

(مادة ٣٣٧)

١ - اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

٢ - أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٧ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٣٦ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ٤١٢ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٣٩٦ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا كان الشيء الملتزم بتسليمه ما له حمل ومؤونة كالمكليات والموزونات والعروض ونحوها وكان العقد مطلقاً لم يعين فيه مكان التسليم يسلم الشيء في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت العقد .

٢ - وفي الالتزامات الأخرى يكون الوفاء في موطن المدين وقت وجوب الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه محل أعماله اذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال ما لم يتفق على غير ذلك » .

كما نصت المادة ٣٩٧ من التقنين العراقي على أنه « اذا ارسل المدين الدين مع رسوله الى الدائن فهلك في يد الرسول قبل وصوله هلك من مال المدين . وان أمر الدائن المدين بأن يدفع الدين الى رسول فدفعه اليه وهلك في يده ، فهلكه من مال الدائن ويبرأ المدين من الدين » .

واحكام هذه المادة تتفق مع القواعد العامة .

انظر في الفقه الاسلامي المواد من ٢٨٥ الى ٢٨٧ من المجلد ، والمادة ٢٢٣ من مرشد الحيران .

(مادة ٣٣٨)

تكون نفقات الوفاء على الدين ، الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٨ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٩٨ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٣٨ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٤١٣ من التقنين الكويتي .

انظر الفقه الاسلامي المواد من ٢٨٨ الى ٢٩٢ من المجلد ،

انظر في الفقه الاسلامي المادة ١٧٧٥ من المجلد والمادة ٢١٦ من مرشد الحيران .

(مادة ٣٣٥)

اذالم يعين الدين على الوجه المبين في المادة السابقة ، كان الاستئصال من حساب الدين الذي حل ، فاذا تعددت الديون الحالة فمن حساب اشدها كلفة على المدين ، فاذا تساوت الديون في الكلفة فمن حساب الدين الذي يعينه الدائن .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٥ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٣٣ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٤٠٩ من التقنين الكويتي .

انظر في الفقه الاسلامي المادة ١٧٧٥ من المجلد والمادة ٢١٦ من مرشد الحيران .

(مادة ٣٣٦)

١ - يجب ان يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

٢ - على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية ، اذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينقذ فيها التزامه ، اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٦ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٣٤ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٤١٠ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادتين ٣٩٤ ، ٣٩٥ من التقنين العراقي .

فالمادة ٣٩٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا أجل الدين أو قسط الى أقساط معلومة فلا يجوز للدائن مطالبة المدين بالدين أو بالتسقط قبل حلول أجله .

٢ - فإذا لم يكن الدين مؤجلاً أو حل أجله وجب دفعه فوراً . ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة اذا لم يمنعه نص في القانون أن تنظر المدين الى أجل مناسب اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم » .

والمادة ٣٩٥ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا كان الدين مؤجلاً فللمدين أن يدفعه قبل حلول الأجل اذا كان الأجل متممناً لمصلحته ويجبر الدائن على القبول .

٢ - فانما قضى الدين قبل حلول الأجل ثم استحق المقبوض عاد الدين مؤجلاً كما كان » .

وهذه المادة الأخيرة تطابقها المادة ٣٣٥ من التقنين الأردني ، وكذلك المادة ٤١١ من التقنين الكويتي . وما ورد في هذه المواد الثلاثة من احكام يتفق مع احكام التقنين المصري .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥١ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « من حيث أنه ينقل ملكية شيء » بعبارة « فيما إذا كان ينقل ملكية شيء » لأن العبارة الأولى أدق في الدلالة على المعنى ، إذ أن المقاييس في هذا الوفاء يكون دائما نقل ملكية شيء . وقد وردت هذه العبارة في نص المشروع التمهيدى لهذا التقنين .

وتطابق المادة ٤٠٠ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤١٥ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٣٤١ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - تسرى أحكام البيع على الوفاء الاعتياضي إذا كان مقابل الوفاء عينا معينة عوضا عن الدين . ٢ - وتسرى عليه أحكام الوفاء في قضاء الدين » .

الفرع الثاني

التجديد والانابة

(مادة ٣٤٢)

يتجدد الالتزام :

أولا - بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاما جديدا يختلف عنه في محله أو في مصدره .

ثانيا - بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مدينا مكان المدين الأصلي ، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه ، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد .

ثالثا - بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادتين ٤٠١ و ٤٠٢ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤١٦ من التقنين الكويتي .

وفي الفقه الاسلامي تنص المادة ٢٥٠ من مرشد الحيران على أنه :

« يجوز فسخ عقد المداينة الاولى وتجديدها في عقد آخر بتراضي

المتدينين » .

(مادة ٣٣٩)

١ - أن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء ، فإذا وفى الدين كله كان له أن يطلب رد سند الدين أو القضاء ، فإن كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بصياح السند .

٢ - فإذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة ، جاز للمدين أن يودع الشيء المستحق ايداعا قضائيا .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٩ من التقنين الحالي .

وتقابل المادة ٣٣٩ من التقنين الأردني التي تنص على أنه : « لمن قام بوفاء الدين أو جزء منه أن يطلب مخالصة بما وفاه ، فإذا رفض الدائن ذلك جاز للمدين أن يودع الدين المستحق ايداعا قضائيا » .

الفصل الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

الفرع الاول

الوفاء بمقابل

(مادة ٣٤٠)

إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٠ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٩٩ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤١٤ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٣٤٠ من التقنين الأردني التي تنص على أنه : « يجوز للدائن أن يقبل وفاء لدينه شيئا آخر أو حقا يؤديه المدين ويخضع الاتفاق على الاعتياض لشروط العقد العامة » . وهذا النص يدخل في نطاق الوفاء بمقابل التجديد بتغيير محل الدين ، لأنه لا يجعل المقابل قاصرا على نقل ملكية شيء ، بل يجوز كذلك أن يكون هذا المقابل التزاما .

(مادة ٣٤١)

يسرى على الوفاء بمقابل ، من حيث أنه ينقل ملكية شيء أعطى في مقابلة الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التامينات .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٦ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤١٩ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها المادتين ٤٠٣ و ٤٠٤ من التقنين العراقي .

(مادة ٣٤٧)

١ - اذا كان هناك تأمينات عينيه قدمها المدين لكفالة الالتزام الاصل ، فان الاتفاق على نقل هذه التأمينات الى الالتزام الجديد تراعى فيه الاحكام الآتية :

(أ) اذا كان التجديد بتغيير الدين ، جاز للدائن والمدين ان يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضررا بالغير .

(ب) اذا كان التجديد بتغيير الدين ، جاز للدائن والمدين الجديد ان يتفقا على استبقاء التأمينات دون حاجة الى رضا المدين القديم .

(ج) اذا كا التجديد بتغيير الدائن ، جاز للمتعاقدين ثلاثتهم ان يتفقوا على استبقاء التأمينات .

٢ - ولا يكون الاتفاق على نقل التأمينات نافذا في حق الغير الا اذا تم مع التجديد في وقت واحد ، وهذا مع مراعاة الاحكام المتعلقة بالتسجيل أو القيد .

هذه المادة تطابق ٣٥٧ من التقنين الحالي ، مع اضافة عبارة « أو القيد » في نهايتها ، لكي يكون الشهر وفقا لقانون تنظيم الشهر العقاري أو قانون السجل العيني بحسب الاحوال .

وتطابق في حكمها المادة ٤٢٠ من التقنين الكويتي .

(مادة ٣٤٨)

لا ينتقل الى الالتزام الجديد الكفالة ، عينيه كانت أو شخصية ، ولا التضامن ، الا اذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٨ من التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ٤٢١ من التقنين الكويتي .

(مادة ٣٤٩)

١ - تتم الانابة اذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص اجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين .

٢ - ولا تقتضى الانابة ان تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والاجنبي .

(مادة ٣٤٣)

١ - لا يتم التجديد الا اذا كان الالتزام القديم والجديد قد خلا كل منهما من اسباب البطلان .

٢ - اما اذا كان الالتزام القديم ناشئا عن عقد موقوف ، فلا يكون التجديد صحيحا الا اذا قصد بالالتزام الجديد اجازة العقد وان يحل محله .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٣ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « عقد موقوف » بعبارة « عقد قابل للابطال » جريا على خطة المشروع حيث اخذ بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة العقد القابل للابطال .

والفقرة الاولى منها تتفق مع المادة ٤١٧ من التقنين الكويتي .

(مادة ٣٤٤)

١ - التجديد لا يفترض ، بل يجب ان يتفق عليه صراحة ، أو ان يستخلص بوضوح من الظروف .

٢ - وبوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابة سند بعين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول الازمان الوفاء او مكانه أو كميته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول الا التأمينات ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٤ من التقنين الحالي ، مع حذف عبارة « أو سعر الفائدة » التي وردت بعد كلمة « التأمينات » ، تمشيا مع تحريم الربا .

والفقرة الاولى منها تطابق في حكمها المادة ٤١٨ من التقنين الكويتي .

(مادة ٣٤٥)

لا يكون جديدا مجرد تقييد الالتزام في حساب جار . وانما يتجدد الالتزام اذا قطع رصيد الحساب وتم اقراره . على انه اذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص ، فان هذا التأمين يبقى ، ما لم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٥ من التقنين الحالي .

(مادة ٣٤٦)

١ - يترتب على التجديد ان ينقضى الالتزام الاصل بتوابعه وان ينشأ مكانه التزام جديد .

٢ - ولا تنتقل الى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الاصل الا بنص في القانون ، او اذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت الى ذلك .

وتتفق مع المادة ٤٢٣ من التقنين الكويتي ، فيما عدا أن هذا التقنين لا يشترط ألا يكون المناب معسرا وقت الانابة .

(مادة ٣٥١)

يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ، ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا أو كان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفوع ، ولا يبقى للمناب الا حق الرجوع على المنيب . وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٠٧ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٢٤ من التقنين الكويتي

الفرع الثالث

المقاصة

(مادة ٣٥٢)

- ١ - للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين ، اذا كان موضوع كل منهما نقودا او مثليات متحدة في النوع والجودة ، وكان كل منهما خاليا من النزاع ، مستحق الاداء ، صالحا للمطالبة به قضاء .
- ٢ - ولا يمنع المقاصة أن يتاجل ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٢ من التقنين الحالي ، مع استبدال كلمة « يتاجل » في الفقرة الثانية بكلمة « يتأخر » ، مراعاة للدقة في التعبير وتطابق المادة ٤٢٥ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها المادتين ٤٠٨ ، ٤٠٩ من التقنين العراقي .

فالمادة ٤٠٨ من هذا التقنين تنص على أن « المقاصة هي اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه » .

والمادة ٤٠٩ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

- ١ - المقاصة اما جبرية تحصل بقوة القانون او اختيارية تحصل بتراضي المتدينين .
- ٢ - ويشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنسا ووصفا وحلولا وقوة وضعفا . ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية ، فان كان الدينان من جنسين مختلفين أو متفاوتين في الوصف أو مؤجلين أحدهما حالا والآخر مؤجلا أو أحدهما قويا والآخر ضعيفا فلا يلحقان قصاصا الا بتراضي المتدينين سواء اتحد سببهما أو اختلف .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٩ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٠٥ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها المادة ٤٢٢ من التقنين الكويتي .

والانابة تفترض اشخاصا ثلاثة : (١) المنيب وهو المدين الذي ينيب الشخص الأجنبي ليفي الدين الى الدائن . (٢) المناب وهو هذا الشخص الأجنبي الذي ينبيه المدين ليفي الى الدائن . (٣) المناب لديه وهو الدائن الذي ينيب المدين الشخص الأجنبي لديه ليفي له الدين .

والانابة اما كاملة او قاصرة .

فاذا تضمنت الانابة تجديدا بتغيير المدين ، كانت كاملة ، وفيما تبرأ ذمة المنيب نحو المناب لديه عن طريق التجديد . ويتحقق ذلك ، اذا كان المنيب مدينا للمناب لديه ، ولم يكن المناب مدينا للمنيب أو كان مدينا له ، واتفق الثلاثة على تجديد دين المنيب للمناب لديه عن طريق تغيير المدين ، بأن يقبل المناب أن يكون مدينا للمناب لديه مكان المنيب .

وقد تنطوي الانابة الكاملة فوق ذلك على تجديد آخر بتغيير الدائن ، اذا كان المناب مدينا للمنيب وجدد هو الآخر دينه فجعل دائنه هو المناب لديه بدلا من المنيب .

وهذه الانابة الكاملة التي تتضمن تجديدا بتغيير المدين وتجديدا بتغيير الدائن هي التي ترد اليها الحوالة في الفقه الاسلامي في مذاهب المالكية والشافعية والحنابلة (انظر عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٣ فقرة ٢٤٠) .

واذا لم تتضمن الانابة تجديدا بتغيير المدين ، كانت انابة قاصرة ، وفيها لا تبرأ ذمة المنيب نحو المناب لديه ، فيبقى المنيب مدينا للمناب لديه الى جانب المناب ، ويصير للمناب لديه مدينان بدلا من مدين واحد . وهذه الانابة هي التي يغلب وقوعها في العمل .

(مادة ٣٥٠)

- ١ - اذا اتفق المتعاقدون في الانابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديدا ، كانت هذه الانابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين ، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المناب قبل المناب لديه ، على أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحا والا يكون المناب معسرا وقت الانابة .

- ٢ - ولا يفترض التجديد في الانابة ، فاذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الاول .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٠ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي في الفقرة الثانية .

وتطابق المادة ٤٠٦ من التقنين العراقي ، فيما عدا أن هذا التقنين لا يشترط ألا يكون المناب معسرا وقت الانابة .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ٣٦٤ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « تقع المقاصة في الديون ايا كان مصدرها وذلك فيما عدا الاحوال الآتية :

(أ) اذا كان أحد الدينين شيئاً نزع دون حق من ماله وكان مطلوباً رده .

(ب) اذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً او مهاراً عارية استعمال وكان مطلوباً رده .

(ج) اذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد في المادة المقترحة توخياً للدقة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٢٧ من التقنين الكويتي .

وتقابل المواد ٤١٠ و ٤١١ و ٤١٢ من التقنين العراقي .

فالمادة ٤١٠ من هذا التقنين تنص على انه « اذا كان الوديع دين على صاحب الوديعة والدين والوديعة من جنس واحد ، او كان للمصاب دين على صاحب العين المصنوبة من جنسها ، فلا تصير الوديعة او اتعين المصنوبة قصاصاً بالدين الا اذا تقاص الطرفان بالتراضي » .

والمادة ٤١١ من هذا التقنين تنص على انه « اذا ائلف الدائن عينا من مال الدين وكانت من جنس الدين سقطت قصاصاً ، وان كانت خلافه فلا تقع المقاصة دون تراضيهما » .

والمادة ٤١٢ من هذا التقنين تنص على انه « اذا كان للكفيل المحروم من حق التجريد دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به فالدينان يلتقيان قصاصاً من غير رضاهما . وان كان من غير جنس الدين المكفول به فلا يلتقيان قصاصاً الا بتراضي الدائن المكفول له ، مع الكفيل لأمع الدين » . وحكم هذه المادة يخالف التقنين الحالي والمشروع في المقاصة القانونية التي تقع بين دين الكفيل والدين المكفول به ، لان هذين الدينين غير متقابلين ، فاحدهما في ذمة الدين للدائن والاخر في ذمة الدائن للكفيل لا للمدين . ولكن يجوز للكفيل اذا طأبه الدائن ان يتمسك بالمقاصة في دين له على الدائن ، اذ هو يفي بالدين المكفول عن طريق المقاصة ، ولكن المقاصة هنا اختيارية لا قانونية ، فلا ينقضي الدينان الا من وقت التمسك بالمقاصة .

وتقابل المادتين ٣٤٨ و ٣٤٩ من التقنين الأردني .

فالمادة ٣٤٨ من هذا التقنين تطابق المادة ٤١٠ من التقنين العراقي .

والمادة ٣٤٩ من هذا التقنين تطابق المادة ٤١١ من التقنين العراقي .

وفي الفقه الاسلامي ، فان المادتين ٢٢٨ و ٢٢٩ من مرشد الحيران تتفقان في احكامهما مع الفقرتين أ و ب من المادة المقترحة ، ومع المادة ٤١٠ من التقنين العراقي ، ومع المادة ٣٤٨ من التقنين الأردني ، ومع الفقرتين أ و ب من المادة ٤٢٧ من التقنين الكويتي .

وكذلك ، فان المادة ٢٣٠ من مرشد الحيران تطابق المادة ٤١١ من التقنين العراقي ، والمادة ٣٤٩ من التقنين الأردني . والتعويض عن التلف في حكم هذه المواد يجري عليه حكم القواعد العامة .

وتطابق في حكمها المواد ٣٤٣ و ٣٤٤ و ٣٤٥ من التقنين الأردني . فالمادة ٣٤٣ من هذا التقنين تنص على ان « المقاصة ابقاء دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه » .

والمادة ٣٤٤ من هذا التقنين تنص على ان « المقاصة ايا جبرية وتقع بقوة القانون او اختيارية تتم باتفاق الطرفين او قضائية وتتم بحكم المحكمة » .

والمادة ٣٤٥ من هذا التقنين تنص على انه « يشترط في المقاصة الجبرية ان يكون كلا الطرفين دائناً ومديناً للآخر وأن يتماثل الدينان جنساً ووصفاً واستحقاقاً وقوة وضعفاً والا يضر اجرائها بحقوق الغير » .

وفي الفقه الاسلامي تجرى المادة ٢٢٤ من مرشد الحيران بما يطابق المادة ٤٠٨ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٢٢٥ من مرشد الحيران في حكمها المادة ١/٤٠٩ من التقنين العراقي .

وتطابق الماد ٢٢٦ من مرشد الحيران المادة ٢/٤٠٩ من التقنين العراقي .

ويتضح من هذا ان نصوص المشروع والتقنين الكويتي والتقنين العراقي والتقنين الأردني متفقة في احكامها .

والمقاصة ايا قانونية تقع بحكم القانون ، او اختيارية تتم بإرادة أحد الطرفين او باتفاقهما معا ، او قضائية تتم بحكم القاضي . راعى هذه الأنواع الثلاثة هي المقاصة القانونية . وهي التي عنى المشروع ببسط احكامها تحت عنوان « المقاصة » . أما المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية فتسرى في شأنهما القواعد العامة . وهذا هو النهج الذي سار عليه التقنين الحالي .

(مادة ٣٥٣)

يجوز للمدين ان يتمسك بالمقاصة ولو اختلف مكان الوفاء في الدينين ، ولكن يجب عليه في هذه الحالة ان يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ماله من حق او الوفاء بما عليه من دين في المكان الذي عين لذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٣ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٢٦ من التقنين الكويتي .

(مادة ٣٥٤)

تقع المقاصة في الديون ايا كان مصدرها ، وذلك فيما عدا الاحوال الآتية :

(أ) اذا كان أحد الدينين رد شيء نزع دون حق من يد ماله .

(ب) اذا كان أحد الدينين رد شيء مودع او معار .

(ج) اذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٧ من التقنين الحالي ،

وتطابق المادة ٤١٥ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٣٠ من التقنين الكويتي .

وقد نصت المادة ٣٤٥ من التقنين الأردني على أن من شروط المقاصة « ألا يضر أجزاؤها بحقوق الغير » .

(مادة ٣٥٨)

١ - إذا حول اندائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل .

٢ - أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٨ من التقنين الحالي ،

وتطابق المادة ٤١٧ من التقنين العراقي ، فيما عدا أن «لغة الأخيرة تضيف في نهاية الفقرة الثانية عبارة « إلا إذا كان الحق الذي يريد المقاصة به ثبت في ذمة المحيل بعد إعلان الحوالة » . وهي العبارة التي كان يتضمنها نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ، ولكن حذفها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، لأن في القواعد العامة ما يغني عنها ، حيث أنه بعد إعلان الحوالة ينتقل الدين فلا يكون هناك محل للمقاصة (مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين الحالي ج ٣ ص ٢٨٧) .

وتطابق المادة ٤٣٥ من التقنين الكويتي ، فيما عدا أن هذه الأخيرة تضيف في نهاية الفقرة الثانية عبارة « إلا إذا كان الحق الذي يريد المقاصة به ثبت في ذمة المحيل بعد إعلان الحوالة » . وهي العبارة ذكر الآن في خصوص النص العراقي أن هذه العبارة تغني عنها القواعد العامة .

ومآجاء في المادة المقترحة يعتبر تطبيقاً آخر للقاعدة الواردة في الفقرة الأولى من المادة السابقة ، وهي التي تقضي بأنه لا يجوز أن تقع المقاصة أضراراً بحقوق كسبها الغير .

والفقرة الأولى من هذه المادة وكذلك المادة السابقة ، تعتبران تطبيقاً للقاعدة انشراحية التي تقضي بأن يؤخذ في الاعتبار تعاق حق الغير بالدين .

(مادة ٣٥٩)

إذا وفي الدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحقه ، فلا يجوز له أن يتمسك أضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٩ من التقنين الحالي ،

وتطابق المادة ٤١٦ من التقنين العراقي ، فيما عدا أن هذه الأخيرة تضيف في نهايتها عبارة « وكان له في ذلك عذر مقبول » ، وهي العبارة التي كان يتضمنها نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ،

(مادة ٣٥٥)

١ - لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها .

٢ - ويترتب على المقاصة انقضاء الدين بقدر الأقل منهما ، منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة ، ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتحسينها في الوفاء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٥ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٢٨ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٤١٣ من التقنين العراقي التي تنص على أن « تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين ، ولا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها » .

وتقابل المادة ٣٥٠ من التقنين الأردني التي تنص على أن « تتم المقاصة بناء على طلب صاحب المصلحة فيها وتقع بقدر الأقل من الدينين » .

وفي «الفقه الاسلامي نصت المادة ٢٧٧ من مرشد الحيران على أنه «انما تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين ، فان كان لأحدهما مائة ريال دينا على الآخر والمديون مائة جنبه عليه وتقاسما يسقط من قيمة الجنيهات قصاصا بقدر الريالات ويبقى لصاحب الجنيهاات ما بقي منها » .

(مادة ٣٥٦)

إذا كان الدين قد مضى عليه مدة عدم سماع الدعوى لمرور الزمان وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بعدم سماع الدعوى ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٦ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « عدم سماع الدعوى لمرور الزمان » بلفظ « التقادم » وفقاً لما جرى عليه الفقه الاسلامي .

وتطابق المادة ٤١٤ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٥١ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٤٢٩ من التقنين الكويتي .

ويتفق حكمها مع القواعد العامة في الفقه الاسلامي ، حيث أن الأصل في الديون ألا تسقط بمضي الزمن ، ومؤدى هذا الأصل هنا وجود دين مستوف لشروط المقاصة على الدين .

(مادة ٣٥٧)

١ - لا يجوز أن تقع المقاصة أضراراً بحقوق كسبها الغير .

٢ - فإذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه ، فلا يجوز أن يتمسك بالمقاصة أضراراً بالحاجز .

(مادة ٣٦١)

إذا زال السبب الذي أدى الى اتحاد الذمة ، وكان لزواله اثر رجعى ، عاد الدين الى الوجود هو وملحقاته بالنسبة الى ذوى الشأن جميعا ، ويعتبر اتحاد الذمة كان لم يكن .

- هذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة ٣٧٠ من التقنين الحالي .
- وتطابق المادة ٤١٩ من التقنين العراقي .
- وتطابق المادة ٤٣٤ من التقنين الكويتى .
- وتطابق فى حكمها المادة ٣٥٤ من التقنين الاردنى .

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

وعدم سماع الدعوى به

الفرع الاول

الابراء

(مادة ٣٦٢)

ينقضى الالتزام اذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ، ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين ، ويرتد برده .

- هذه المادة تطابق المادة ٣٧١ من التقنين الحالي .
- وتقابل المادتين ٤٢٠ و ٤٢٢ من التقنين العراقي .
- فالمادة ٤٢٠ من هذا التقنين تنص على انه « اذا أبرأ الدائن المدين سقط الدين » .

والمادة ٤٢٢ من هذا التقنين تنص على ما يأتى : « ١ - لا يتوقف الابراء على قبول المدين ، لكن اذا رده قبل القبول ارتد . وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته . ٢ - ويصح ابراء الميت من دينه » .

وتقابل المادتين ٤٤٤ و ٤٤٥ من التقنين الاردنى .

فالمادة ٤٤٤ من هذا التقنين تنص على انه « اذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً من حق له عليه سقط الحق وانقضى الالتزام » .

والمادة ٤٤٥ من هذا التقنين تنص على انه « لا يتوقف الابراء على قبول المدين الا انه يرتد برده وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته » .

وتقابل المادة ٩٣٥ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى : « ١ - ينقضى الالتزام اذا أبرأ الدائن مدينه ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين ويرتد برده » .

٢ - ويرتب على الرد اعادة الالتزام بما يلحقه من صفات ، وما يضمنه من تأمينات ، وما يرد عليه من دفع » .

ولكن حذفنا لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، لانه مادام المدين يجهل وجود انحق الذى يتمسك بالمقاصة به فان هذا الجهل فى حد ذاته عذر مقبول . وبذلك اكتفى بشبوت الجهل وترك امر اثباته الى اقواعد العامة (مجموعة الاعمال التحضيرية للتقنين الحالي ج ٣ ص ٢٩٠) .

وتطابق المادة ٣٥٢ من التقنين الاردنى ، فيما عدا ان هذه الاخيرة تضيف فى نهايتها عبارة « وكان له فى ذلك عذر مقبول » .

وتطابق المادة ٤٣٢ من التقنين الكويتى .

الفرع الرابع

اتحاد الذمة

(مادة ٣٦٠)

إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة .

هذه المادة تطابق الفقرة الاولى من المادة ٣٧٠ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤١٨ من التقنين العراقي .

وتطابق الفقرة الاولى من المادة ٣٥٣ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٤٣٣ من التقنين الكويتى .

ويلاحظ أن اتحاد الذمة يتحقق فى الغالب عن طريق الميراث .

فإذا ورث المدين الدائن ، كانت التركة هى الدائنة للمدين . فيرث المدين الدين الذى للتركة ، فتتحد الذمة فى الدين ، لان الحقوق التى للتركة تنتقل الى الورثة .

وإذا ورث الدائن المدين ، كانت التركة هى المدينة للدائن ، والدائن هو الوارث ، فتتحد الذمة أيضاً فى الدين ، لان ديون التركة تنتقل الى الوارث بقدر ما آل اليه من أموال التركة . وقد ذهب رأى الى أن مبدأ « لا تركة الا بعد سداد الديون » يحول دون أن تتحد الذمة فى الدين فى هذه الحالة ، وذلك بحجة أن الدائن لا يرث الدين الذى على التركة ، اذ الديون لا تورث طبقاً لهذا المبدأ ، ومن ثم لابد من سداد الدين أولاً ، فيستوفى الدائن هذا الدين من التركة ، ثم يرث ما بقى منها بعد سداد الديون ، وبذلك ينقضى الدين بطريق الوفاء لا بطريق المقاصة (انظر المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين الحالي فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٣ ص ٢٩١) . غير أنه يلاحظ على هذا الرأى أن أموال التركة تنتقل الى الوارث فور الموت بما فيها من حقوق وما عليها من ديون ، وانما يكون التزام الوارث بديون التركة فى حدود ما آل اليه من أموالها . ومن ثم فان اتحاد الذمة يتحقق بقدر الاقل من الدين الذى للوارث والأموال التى آلت اليه بالميراث . والذى يعنى مبدأ « لا تركة الا بعد سداد الديون » أن أموال التركة لا تخلص للوارث خلوصاً تاماً الا بعد سداد الديون ، فهذا هو المعنى الصحيح للآية الكريمة التى تقول : « من بعد وصيته يوصى بها أو دين » .

انظر فى الفقه الاسلامى : محمد أبو زهرة ، أحكام التركات ص ١٧ وما بعدها .

الفرع الثاني استحالة التنفيذ

(مادة ٣٦٤)

ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه
لسبب اجنبي لايد له فيه .

هذا المادة تطابق المادة ٣٧٣ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٢٥ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٤٨ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٤٣٧ من التقنين الكويتي .

انظر في هذا المعنى في الفقه الاسلامي المادتين ٢٥٤ و ٢٥٥ من مرشد
الحيران . وراجع المادتين ٢٩٣ و ٦٠١ من المجلة .

الفرع الثالث

عدم سماع الدعوى لمرور الزمان

نظرة عامة :

ياخذ التقنين الحالي بمبدأ سقوط الحق الشخصي بالتقادم . ولكن
المشروع ياخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى الذي تقره الشريعة الإسلامية .
فتمت قاعدة أساسية في هذه الشريعة تستند الى الحديث الشريف ،
الذي يقول : « لا يطل حق امرئ مسلم وان قدم » . وبناء على
ذلك نصت المجلة على أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان ، وأنه اذا اقر
المدعى عليه بالحق يحكم عليه باقراره دون اعتبار لمرور الزمان
(م ١٦٧٤ من المجلة) . (انظر الاشباه لابن نجيم ص ٨٨) . وبهذا
اخذت جميع المذاهب الفقهية .

الا ان المذهب المالكي والحنفي ، وان كانا قد اقرا عدم سقوط
الحق بالتقادم ، الا انهما اقرا من جهة أخرى عدم سماع الدعوى بالدين
بعد مضي مدة معينة .

ففي المذهب المالكي اذا سكت صاحب الحق بدون عذر مانع مدة
من الزمن ، قدرها البعض بعشرين سنة والبعض الآخر بثلاثين سنة ،
ثم طالب الدائن المدين بعد ذلك وادعى هذا أنه دفع الدين فانه يصدق
بدون بينة ولا تسمع دعوى المدعى . وحجتهم في ذلك أن اثبات الدفع
بعد هذه المدة قد لا يكون ميسورا بسبب نسيان الشهود أو وفاتهم .
كما أن تخلف الدائن عن المطالبة بدون عذر يتضمن اقرارا بعدم أحقيته
في هذه المطالبة .

اما الحنفية فقد اقاموا رأيهم على الاستحسان لان ترك الدعوى مع
التمكن بدل على عدم وجود الحق ظاهرا . كما استندوا الى أن طاعة
ولي الأمر فيما لا يصادم الشرع واجبة ، والى أن ولاية القضاء
مستمدة منه وانها تحتمل التخصيص بالزمان والمكان (م ١٨٠٠
و ١٨٠١ من المجلة) .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٣٢٤ من مرشد الحيران على أن
« من ابرأ شخصا من حق له عليه يصح البراء عنه وسقط عن المبرأ
ذلك الحق » .

ونصت المادة ٢٣٩ على أنه « لا يتوقف البراء على قبول المدين ، لكن
اذا رده قبل القبول ارتد ، وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من
تركته » .

ونصت المادة ٢٤٠ على أنه « يشترط لصحة البراء رضا رب الدين ،
فان اكره اكرها معتبرا على ابراء مدينه فلا تبرأ ذمته من الدين » .

كذلك نصت المادة ١٥٦٢ من المجلة على أنه « اذا ابرأ أحد آخر من
حق فيسقط حقه وليس له دعوى ذلك الحق » . ونصت المادة ١٥٦٨
على أنه « لا يتوقف البراء على القبول ، ولكن يرتد بالرد » .

ويتضح من هذا أن حكم النص المقترح مأخوذ من الفقه الاسلامي ،
شأنه في ذلك شأن النصوص المقابلة في التقنينات العربية المذكورة
(انظر . الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٣٩٠ . رد المحتار ج ٤ ص ٧١٧
الزيلعي ج ٤ ص ١٩٨) .

(مادة ٣٦٣)

١ - تسرى على البراء الاحكام الموضوعية التي تسرى على كل
تبرع .

٢ - ولا يشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط
لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفاق عليه المتعاقدان .

هذه المادة تطابق المادة ٣٧٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٤٧ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٤٣٦ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٤٢١ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « يشترط
لصحة البراء أن يكون المبرى أهلا للتبرع » .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٥٤١ من المجلة على أنه « لا يصح
ابراء الصبي والمجنون والمعنوه مطلقا » . ونصت المادة ٢٣٥ من مرشد
الحيران على أنه « يشترط لصحة البراء أن يكون المبرى عاقلا بالغاً
أهلاً للتبرع » .

ونصت المادة ١٥٧٠ من المجلة على أنه « اذا ابرأ المريض الذي في
مرض موته أحد ورثته من دينه فلا يكون صحيحا وناقذا واما لو ابرأ
من لم يكن وارثه فيعتبر من ثلث ماله » . ونصت المادة ١٥٧١ على أنه
« اذا ابرأ من تركته مستغرقة بالديون في مرض موته أحد مديونيّه
فلا يصح ابراؤه ولا ينفذ » .

واحكام الفقه الاسلامي هذه تعنى ما يقضى به النص المقترح من
سريان احكام التبرع على البراء .

ومفاد هذا ان المذهبين المالكي والحنفي قد اقرا مبدا عدم سماع الدعوى بمرور الزمان ، وبناء ذلك على الاستحسان والضرورات العملية وعدم وجود الحق ظاهرا وقرينة الايفاء المستنتجة من السكوت على الحق وقطع الحيل والتزوير ونسيان الشهود ام موتهم او غيابهم .

وقد قدر بعض فقهاء الحنفية مدة مرور الزمان المانع سماع الدعوى بثلاث وثلاثين سنة ، وقدرها آخرون بستة وثلاثين « الا ان الخلفاء المشايخين رأوا ان هذه المدة طويلة ، وانها لا تتفق مع تطور المعاملات وحاجات الناس . ولهذا رأوا ان تكون هذه المدة خمس عشرة سنة مع بعض الاستثناءات التي تضمنتها نصوص المجلة .

ويلاحظ بهذه المناسبة ان مدة التقادم في التقنين المدني الفرنسي ثلاثون سنة . ولكن الفقه الفرنسي ينتقد طول هذه المدة . كما ان مدة التقادم في القوانين الاجنبية الاخرى اقل من ذلك ، فبعض هذه القوانين يحددها بعشرين سنة ، وبعضها يحددها بخمس عشرة سنة ، وبعضها يحددها بعشر سنوات .

من اجل ذلك استبقى المشروع مدة التقادم في التقنين الحالي ، فاعتبر ان القاعدة العامة في مدة عدم سماع الدعوى ان تكون خمس عشرة سنة ميلادية ، وهذه المدة تسرى بالنسبة الى كل التزام ام ينص القانون في خصوصه على مدة اخرى . وقد روعي في تحديدها انها المدة التي يأخذ بها الفقه الاسلامي في المجلة وفي مرشد الحيران ، وفي مدة مناسبة لا ترهق الدين ولا تباغت الدائن ، وقد افها الناس مدة زمن بعيد .

(مادة ٣٦٥)

لا تسمع الدعوى بالتزام على المنكر بعد تركها خمس عشرة سنة بغير عذر شرعي ، فيما عدا الحالات التي وردت فيها احكام خاصة ، وفيما عدا الاستثناءات التالية .

هذه المادة تقابل المادة ٣٧٤ من التقنين الحالي التي تنص على ان يمتد الالتزام بانقضاء خمسة عشرة سنة ، فيما عدا الحالات التي وردت فيها نص في القانون ، وفيما عدا الاستثناءات التالية .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي في انه يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى الذي يقول به الفقه الاسلامي بدلا من مبدأ سقوط الالتزام أو انقضائه بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٤٢٩ من التقنين العراقي التي تنص على ان « الدعوى بالتزام ايها كان سببها لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه احكام خاصة » .

وتطابق في حكمها المادة ٤٤٩ من التقنين الاردني التي تنص على انه « لا ينقض الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمسة عشرة سنة بدون عذر شرعي مع مراعاة ما وردت فيه احكام خاصة » .

وتطابق في حكمها المادة ٤٤٢ من التقنين الكويتي التي تنص على انه « لا تسمع عند الإنكار الدعوى بحق من الحقوق الشخصية بغير خمس عشرة سنة وذلك فيما عدا الاحوال التي عين فيها القانون مدة اخرى والاحوال المنصوص عليها في المواد التالية » .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٦٧٤ من المجلة على انه : « لا يسقط الحق بتقادم الزمان . بناء عليه اذا اقر وأعترف المدعى عليه صراحة في حضور الحاكم بأنه للمدعى عنده حق في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمان بالوجه الذي ادعاه المدعى فلا يعتبر مرور الزمان ويحكم بموجب اقرار المدعى عليه . . . » .

ونصت المادة ١٦٦٠ من المجلة على انه « لا تسمع دعوى الدين . . . بعد ان تركت خمس عشرة سنة » .

ونصت المادة ١٦٦٣ من المجلة على ان « المتبر في هذا الباب يعني مرور الزمان المانع من استماع الدعوى ليس هو الا مرور الزمان الواقع بلا عذر . . . » .

ونصت المادة ١٦٦٩ من المجلة على انه « اذا ترك احد الدعوى بلا عذر ووجد مرور الزمان على ما ذكر آنفا فكما لا تسمع تلك الدعوى في حياته كذلك لا تسمع من ورثته بعد مماته ايضا » .

ونصت المادة ٢٥٦ من مرشد الحيران على ان « دعوى الدين !يا كان سببها لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة . . . » .

ونصت المادة ٢٥٩ من مرشد الحيران على انه « كما لا تسمع دعوى الدين ممن ترك المطالبة به من غير عذر خمس عشرة سنة فكذلك لا تسمع من ورثته بعد موته » .

ويتضح مما تقدم ان النص المقترح يتفق في حكمه مع حكم الفقه الاسلامي في هذا الخصوص .

(مادة ٣٦٦)

١ - لا تسمع الدعوى على المنكر بحق دوري متجدد ، كاجرة المباني والاراضي الزراعية والمرتبات والمعاشات ، بعد تركها خمس سنوات بغير عذر شرعي .

٢ - ولا تسمع الدعوى على المنكر بالربع المستحق في ذمة الحائز سيء النية او الربع الواجب على ناظر الوقف اداؤه للمستحقين بعد تركها خمس عشرة سنة بغير عذر شرعي .

هذه المادة تقابل المادة ٣٧٥ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - بتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو اقر به المدين كاجرة المباني والاراضي الزراعية ، ومقابل الحكر ، وكالفوائد والاياردات المرتبة والمهايا والاجور والمعاشات .

٢ - ولا يسقط الربع المستحق في ذمة الحائز سيء النية ولا الربع الواجب على ناظر الوقف اداؤه للمستحقين الا بانقضاء خمس عشرة سنة .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي في انه يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى الذي يقول به الفقه الاسلامي بدلا من مبدأ سقوط الالتزام أو انقضائه بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي .

٢ - أما الربيع المستحق في ذمة المشرف أو المتولى على الوقف أو في ذمة الحائز سبب النية فلا تسمع الدعوى به على المنكر بعد تركها بغير عذر شرعي مدة خمس عشرة سنة .

(مادة ٣٦٧)

لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها خمس سنوات بغير عذر شرعي ، اذا كانت بحق من حقوق الاطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء والاساتذة والعلمين وكلاء التفليسة والسمايرة وغيرهم ممن يزاولون المهن الحرة ، على أن تكون هذه الحقوق مستحقة لهم عما ادوه من عمل من أعمال مهنتهم وماتكبدوه من مصروفات .

هذه المادة تقابل المادة ٣٧٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « تتقدم بخمس سنوات حقوق الاطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء وكلاء التفليسة والسمايرة والاساتذة والعلمين على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما ادوه من عمل من أعمال مهنتهم وماتكبدوه من مصروفات » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي من الوجوه الآتية :
(١) يأخذ النص المقترح بمبدأ عدم سماع الدعوى الذي يقول به الفقه الاسلامي ، بدلا من مبدأ سقوط الحق أو انقضائه بالتقدم الذي يأخذ به التقنين الحالي . (٢) عم النص المقترح الحكم فجعله يشمل كل من يزاول مهنة حرة ، كما كان الأمر في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي . (٣) أدخل النص المقترح بعض تعديلات لفظية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٤٠ من التقنين الكويتي .

وتطابق البند ١ من المادة ٤٥١ من التقنين الأردني .

وتقابل البند الأول (أ) من المادة ٤٣١ من التقنين العراقي والبنود الاخرى ، حيث تنص على ما يأتي : « ١ - لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة في الحقوق الآتية :

١ - حقوق الاطباء والصيادلة والمحامين والاساتذة والعلمين والمهندسين والخبراء وكلاء التفليسة والسمايرة وبوجه عام كل من يزاول مهنة حرة على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما ادوه من عمل وماتكبدوه من مصروفات .

٢ - ولا تسمع الدعوى في هذه الحقوق حتى لو بقي الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات .

٣ - ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة ان يحلف يمينا توجهها المحكمة من تلقاء نفسها على أن ذمته غير مشفولة بالدين وتوجه اليمين الى ورثة المدينين أو اوليائهم أن كانوا محجورين بأنهم لا يعلمون بوجود الدين .

٤ - لكن اذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقدم الحق الا بانقضاء خمس عشرة سنة » .

ويخالفه كذلك في أنه يربط بين عدم سماع الدعوى وانكار المدين بالحق في هذه الحالة ، بحيث اذا أقر المدين بالحق يحكم عليه باقراره دون اعتبار لمرور الزمان . وذلك اتفاقا مع ما يقرره الفقه الاسلامي في جميع الحالات التي لا تسمع فيها الدعوى (م ١٦٧٤ من المجلة وم ٢٥٦ من مرشد الحيران) . اذ ان هذا هو الذي يتسق مع فكرة عدم سماع الدعوى ، على اعتبار أن مرور الزمن ليس الا مانعا من المطالبة بالحق دون أن يكون سببا لسقوطه أو انقضائه مادام الوفاء به لم يتم ، الامر الذي يجعل اقرار المدين بالحق مؤديا الى الحكم عليه باقراره دون اعتبار لمرور الزمن .

وقد جاء في المذكرة الايضاحية للتقنين الحالي في هذا الصدد ما يأتي : « ولا يقوم التقدم الخمسي على قرينة الوفاء ، كما هو الشأن فيما عداه من ضروب التقدم ، وانما يرجع في أساسه الى أن المدين يفرض فيه اداء الديون الدورية المتجددة من ايراده ، فلو أجبر على الوفاء بما تراكم من هذه الديون بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ استحقاقه ، لافضى ذلك الى تكليفه بما قد يجاوز السعة . وقد جعل للمدين ، تفريعا على هذا التوجيه ، أن يتمسك بالتقدم بانقضاء تلك المدة ولو بعد اقراره بوجود الدين في ذمته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٣٠٥) .

ويلاحظ على هذا القول أن اقرار المدين بالدين الواجب عليه يعنى ان الوفاء لم يتم ، وبالتالي فان ذمته ما تزال مشفولة بالدين ، وأنه يريد أن يبرئ ذمته بهذا الاقرار ، مما لا يسوغ معه أن تتيح له وسيلة للتخلص من الدين رغم عدم الوفاء به . واذا اردنا ان نأخذ بهذا الاقرار على وجهه الصحيح فانه في أغلب حالاته يعتبر نزولا عن التمسك بعدم سماع الدعوى . واذا كان من المسلم أن المدين حين يتمسك بالتقدم رغم عدم الوفاء يتخلف في ذمته التزام طبيعي يقع الوفاء به صحيحا ، فكيف نتجاهل اقراره بالدين الواجب في ذمته . وفوق كل هذا فان اعطاء المدين الحق في التمسك بعدم سماع الدعوى رغم اقراره بالدين ، ينافي القاعدة الأساسية في الشريعة الاسلامية التي جاءت في الحديث الشريف : « لا يظلم حق امرئ مسلم وأن قدم » . فعدم سماع الدعوى ليس الا استثناء يؤخذ به عند الانكار بعد مضي مدة معينة .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٤٣٩ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٤٣٠ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - كل حق دوري متجدد كالأجرة والفوائد والرواتب والإيرادات المرتبة لا تسمع الدعوى به على المدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس سنوات .

٢ - أما الربيع المستحق في ذمة الحائز سبب النية والربيع انواجب على متولى الوقف اداؤه للمستحقين فلا تسمع الدعوى بهما على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة » .

وتقابل المادة ٤٥٠ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - لا تسمع دعوى المطالبة بأي حق دوري متجدد كأجرة المبنى والأراضي الزراعية والمرتبات والمعاشات بانقضاء خمس سنوات على تركها بغير عذر شرعي .

وتختلف أحكام التقنين العراقي عن أحكام النص المقترح من الوجهين الآتيين :

(١) مدة التقادم في التقنين العراقي سنة واحدة كما كان الأمر في المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى ، وذلك بدلا من خمس سنوات في النص المقترح وفي التقنين الحالى .

(٢) أوجب التقنين العراقي على المدين أن يحلف يمينا على أن ذمته مشغولة بالدين ، كما كان الأمر في المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى .

أما أن التقادم يسرى حتى لو بقى الدائن مستمرا فيما يقوم به ، وأن تحرير سند بالدين يجعل مدة التقادم خمس عشرة سنة ، فسيأتى النص عليه ما فى مادة لاحقة .

(مادة ٣٦٨)

١ - لا تسمع على المنكر دعوى المطالبة بالضرائب والرسوم المستحقة للدولة بعد تركها خمس سنوات بغير عذر شرعى . وتبدأ هذه المدة في الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التى تستحق عنها ، وفي الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء الرافعة في الدعوى التى حررت في شأنها هذه الأوراق ، أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة .

٢ - وكذلك يكون الحكم بالنسبة الى دعوى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق . وتبدأ المدة المذكورة من يوم دفع هذه الضرائب والرسوم .

٣ - ولا تخل الأحكام السابقة بالأحكام الواردة في قوانين خاصة .

هذه المادة تقابل المادة ٣٧٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - تتقادم بثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة . ويبدأ سريان التقادم في الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التى تستحق عنها ، وفي الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء الرافعة في الدعوى التى حررت في شأنها هذه الأوراق ، أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة .

٢ - ويتقادم بثلاث سنوات أيضا الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق . ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها .

٣ - ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة » .

وتختلف أحكام النص المقترح عن أحكام التقنين الحالى من الوجهين الآتيين :

(١) يأخذ النص المقترح بمبدأ عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الإسلامى ، وذلك بدلا من مبدأ سقوط الالتزام أو انقضائه الذى يأخذ به التقنين الحالى .

(٢) مدة عدم سماع الدعوى في النص المقترح خمس سنوات ، وذلك بدلا من التقادم بثلاث سنوات في التقنين الحالى . إذ غالب في القوانين الخاصة بالضرائب أن يكون سقوط الضريبة بانقضاء خمس سنوات .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٤١ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى : « ١ - لا تسمع عند الإنكار دعوى المطالبة بالضرائب والرسوم المستحقة للدولة بمضى خمس سنوات . ويبدأ سريان هذه المدة في الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التى تستحق فيها وفي الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء الرافعة في الدعوى التى حررت في شأنها هذه الأوراق أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة .

٢ - وكذلك يكون الحكم إذا كثرت الدعوى بالمطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق ، ويبدأ سريان المدة في هذه الحالة من يوم أخطار الممول بانتسوية النهائية لتلك الضرائب والرسوم » .

وتقابل البند ٢ من المادة ٤٥١ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى : « لا تسمع الدعوى عند الإنكار وعدم قيام المذر الشرعى إذا انقضت خمس سنوات على الحقوق الآتية : ٢ - ما يستحق رده للأشخاص من الضرائب والرسوم إذا دفعت بغير حق دون الإخلال بالأحكام الواردة في القوانين الخاصة » .

(مادة ٣٦٩)

لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها بغير عذر شرعى بسنة واحدة إذا كانت بحق من الحقوق الآتية : -

(أ) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .

(ب) حقوق العمال والخدم والإجراء ، من أجور يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .

هذه المادة تقابل المادة ٣٧٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية :

(أ) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .

(ب) حقوق العمال والخدم والإجراء ، من أجور يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .

٢ - ويجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف انيمين على أنه أدى الدين فعلا ، وهذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه وتوجه الى ورثة المدين أو أوصيائهم ، إن كانوا قسرا ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء » .

وتختلف أحكام النص المقترح عن أحكام التقنين الحالى من الوجهين الآتيين : (١) يأخذ النص المقترح بمبدأ عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الإسلامى ، وذلك بدلا من مبدأ سقوط الالتزام أو انقضائه الذى يأخذ به التقنين الحالى .

(٢) لم يأخذ النص المقترح بفكرة تعيين الاستيثاق التى يوجهها القاضى الى المدين أو ورثته أو أوصيائهم ، لأن تحليف اليمين يفترض معه سماع الدعوى والحال أنها لا تسمع عند الإنكار وانقضاء المدة المقررة .

٢ - وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتمتع سماع الدعوى به إلا بانقضاء خمس عشرة سنة .

هذه المادة تقابل المادة ٣٧٩ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يبدأ سريان التقادم في الحقوق المذكورة في المادتين ٣٧٦ ، ٣٧٨ من الوقت الذي يتم فيه الدائنون تقديماتهم ، ولو استمروا يقدمون تقديمات أخرى .

٢ - وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي في أنه يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى الذي يقوم به الفقه الاسلامي بدلا من مبدأ سقوط الحق أو انقضائه بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي .

والمادة المقترحة تطابق البندين ٢ و ٤ من المادة ٤٣١ من التقنين العراقي وقد تقدم ذكرهما .

وتطابق المادة ٤٥٤ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٤٤٣ من التقنين الكويتي .

(مادة ٣٧١)

١ - تبدأ المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، فيما لم يرد فيه نص خاص ، من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الاداء .

٢ - وبالنسبة الى دين معلق على شرط واقف تبدأ المدة من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة الى دين مؤجل تبدأ المدة من وقت انقضاء الاجل ، وبالنسبة الى ضمان الاستحقاق تبدأ المدة من الوقت الذي يشبث فيه الاستحقاق .

٣ - وإذا كان تعيين ميعاد الوفاء متوقفا على ارادة الدائن ، تبدأ المدة من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من اعلان ارادته .

هذه المادة تقابل المادة ٣٨١ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص الا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الاداء .

٢ - وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة الى دين معلق على شرط واقف الا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط . وبالنسبة الى ضمان الاستحقاق الا من الوقت الذي يشبث فيه الاستحقاق ، وبالنسبة الى الدين المؤجل الا من الوقت الذي ينقضي فيه الاجل .

٢ - وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفا على ارادة الدائن ، سري التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من اعلان ارادته » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي في أنه يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى الذي يقول به الفقه الاسلامي بدلا من مبدأ سقوط الالتزام أو انقضائه بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي .

ويخالفه كذلك فيما أدخل عليه من تعديلات لفظية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٣٤ من التقنين العراقي .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٥٢ من التقنين الأردني ، فيما عدا أن هذه الأخيرة تجعل المدة سنتين .

وتقابل البند الأول ب و ج من المادة ٤٣١ من التقنين العراقي والبنود الاخرى ، حيث تنص على ما يأتي :

« ١ - لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة في الحقوق الآتية : ب - حقوق التجار والصناع عن اشيائهم وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الاشياء وحقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن اجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .

ج - حقوق العملة والخدم والاجراء من اجور يومية وغير يومية ومن ضمن ما قاموا به من توريدات .

٢ - ولا تسمع الدعوى في هذه الحقوق حتى لو بقي الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو اشغال أو توريدات .

٣ - ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة ان يحلف يمينا توجيها المحكمة من تلقاء نفسها على أن ذمته غير مشغولة بالدين وتوجه اليمين الى ورثة المدينين أو اوليائهم ان كانوا محجورين بانهم لا يعلمون بوجود الدين .

٤ - لكن اذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق الا بانقضاء خمس عشرة سنة » .

ويختلف النص العراقي عن النص المقترح في أنه يوجب على المدين ان يحلف يمينا على أن ذمته مشغولة بالدين كما هي الحال في التقنين الحالي .

أما أين التقادم يسرى حتى لو بقي الدائن مستمرا فيما يقوم به ، وأن تحرير سند بالدين يجعل مدة التقادم خمس عشرة سنة ، فسيأتي النص عليهما في مادة لاحقة .

وتقابل المادة ٤٤٢ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - لا تسمع عند الانكار الدعوى بانقضاء سنة واحدة اذا كانت بحق من الحقوق الآتية :

(أ) حقوق التجار والصناع عن اشيائهم وردوها لأشخاص لا يتجرون فيها ، وحقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن اجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .

(ب) حقوق خدم المنازل ومن في حكمهم .

٢ - ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى في الاحوال السابقة ان يحلف اليمين بأنه أدى الدين فعلا ، فان كان وارثا للمدين أو نائباً قانونياً عنه أو عن ورثته حلف اليمين بأنه لا يعلم بوجود الدين أو بأنه يعلم بوفائه وتوجه المحكمة هذه من اليمين من تلقاء نفسها .

(مادة ٣٧٠)

١ - تبدأ المدة المقررة لعدم سماع الدعوى في الحقوق المذكورة

في المادتين ٣٦٧ و ٣٦٩ من الوقت الذي يتم فيه الدائنون تقديماتهم ، ولو استمروا يقدمون تقديمات أخرى .

(مادة ٣٧٤)

تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كلما وجد عذر شرعى يتعذر معه على الدائن ان يطالب بحقه ، ولو كان هذا العذر من قبيل المانع الادبى الذى يحول دون المطالبة بالحق ، او كان راجعا الى مجرد الخوف ممن له نفوذ وسلطان . وكذلك تقف المدة فيما بين الاصيل والنائب .

هذه المادة تقابل المادة ٣٨٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا ، وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب .

٢ - ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا .

وتخالف النص المقترح نص التقنين الحالى من وجوه :
١ - يشير النص المقترح الى مبدا عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الاسلامى بدلا من نظام التقادم الذى يأخذ به التقنين الحالى .

٢ - أضيف الى المانع الادبى من المطالبة كعذر شرعى حصة لشارع فى النفل الحالى بذكر ، ان يكون العذر راجعا الى مجرد انخوف ممن له نفوذ وسلطان وهذه الاضافة ساخوذة من الفقه الاسلامى ، ولها ما يبررها .
فقد جاء فى الخطاب : فلو كان هناك مانع يمنعه فى الكلام ، فإن حقه لا يبطل ، وفسر ابن الحاجب المانع بالخوف والقرابة والصهر فيكون المراد بالمانع فى كلامه الخوف أى خوف المدعى من الذى فى يده العقار لكونه ذا سلطان أو مستندا لدى سلطان (مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج ٦ ص ٢٢٢) .

ونصت المادة ١٦٦٣ من المجلة على أن « اذا كان الرجل مع أحد المتغلبة دعوى ولم يمكنه الادعاء لامتداد زمان تغلب خصمه ووجد مرور الزمن لا يكون مانعا لاستماع الدعوى واما يعتبر مرور الزمان من تاريخ زمان التغلب »

٣ - لا يفرق النص المقترح بين مدة وأخرى من المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالنسبة الى من لا تتوافر فيه الأهلية والغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن لاحدهم نائب يمثله قانونا : حيث يتوفر العذر الشرعى الذى يقف المدة ايا كان مقدارها مادام ان ليس هناك نائب يمثل من لا تتوافر فيه الأهلية أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية .

بينما يذهب التقنين الحالى الى انه اذا لم تزد المدة على خمس سنوات فان العذر الشرعى الذى يؤدى الى وقفها لا يعتبر متوافرا حتى ولو لم يكن لاي من هؤلاء نائب يمثلهم قانونا . والحجة فى ذلك أن مدد التقادم التى لا تزيد على خمس سنوات يقوم التقادم فيها على اعتبارات يستو عندها القاصر والمحجور بالبالغ الرشيد ، والغائب بالحاضر ، والمحكوم عليه بمن لم يحكم عليه : فالحقوق الدورية

والفقرتان الأولى والثالثة منها تطابقان فى الحكم المادة ٤٤٥ من التقنين الكويتى ، مع بعض الاختلافات اللفظية .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٥٤ من التقنين الأردنى ، مع اغفال هذه الاخيرة للدين المؤجل .

انظر فى الفقه الاسلامى المادة ١٦٦٧ من المجلة ، والمادة ٢٥٨ من مرشد الحيران ، حيث تتفق احكامهما مع ما جاء فى الفقرتين الأولى والثانية من النص المقترح .

(مادة ٣٧٢)

نحسب المدة التى تمنع من سماع الدعوى بالايام ، ولا يحسب اليوم الاول منها ، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها .

هذه المادة تقابل المادة ٣٨٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « تحسب مدة التقادم بالايام لا بالساعات ، ولا يحسب اليوم الاول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالى فى انه يشير الى مبدا عدم سماع الدعوى الذى يحول به الفقه الاسلامى ، بدلا من مبدا سقوط الالتزام او انقضائه بالتقادم الذى يأخذ به التقنين الحالى . ويخالفه كذلك فيما ادخل عليه من تعديلات لفظية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٤٤ من التقنين الكويتى .
وتطابق فى حكمها المادة ٤٥٦ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى : « تحسب المدة التى تمنع من سماع الدعوى بالايام . ولا يحسب اليوم الاول منها ، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها الا اذا كان نطله رسمية فانه يمتد الى اليوم التالى » .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٣٣ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « تحسب المدة التى تمنع من سماع الدعوى بالتقويم الميلادى وتكون بالايام لا بالساعات » .

(مادة ٣٧٣)

ولا نسمع الدعوى اذا تركها السلف مدة ، ثم تركها الخلف من بعده مدة اخرى ، اذا بلغ مجموع المدينين الحد المقرر لعدم سماعها .

هذه المادة مستحدثة . وبمقتضاها يجوز فى حساب المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ان تضم المدة التى ترك السلف الدعوى خلالها الى المدة التى ترك الخلف الدعوى خلالها . بحيث لا تسمع الدعوى اذا كان مجموع هاتين المدينين يبلغ المدة المقررة لعدم سماع الدعوى .

وهى تطابق المادة ٤٣٢ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٥٥ من التقنين الأردنى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٦٧٠ من المجلة فى هذا المعنى على أنه « اذا ترك الخوثر الدعوى مدة ، وتركها الوارث أيضا مدة ، بلغ مجموع المدينين حد مرور الزمان فلا تسمع » .

٢ - ويعتبر مانعا يتعذر معه المطالبة بالحق عدم توفر الأهلية في الدائن أو غيبته أو الحكم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثل قانونا .

والمادة ٤٤٧ من هذا التقنين تنص على أنه « إذا وجد سبب يوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالنسبة الى بعض ورثة الدائن ، فإن المدة لا توقف بالنسبة الى بقية الورثة » .

وفي الفقه الاسلامي كذلك انظر المواد ١٥٧ و ٢٥٦ و ٢٦١ من مرشد الحيران .

(مادة ٣٧٥)

تنقطع ائدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة ، وبالتنبية ، وبالجز ، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقة في تفليس أو في توزيع وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى .

هذه المادة تطابق المادة ٣٨٣ من التقنين الحالي ، فيما عدا انها تتضمن تعبير « المدة المقررة لعدم سماع الدعوى » بدلا من كلمة « التقادم » الواردة في نص التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ٤٣٧ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة عن غلط مفتقر فان طالب الدائن غريمه في المحكمة ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فانها تسمع بعدها .

٢ - وكالمطالبة القضائية الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو توزيع وبوجه عام أى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى » .

وتطابق في حكمها المادة ٤٦٠ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية أو بأى اجراء قضائي يقوم به الدائن للتمسك بحقه » .

وتطابق المادة ٤٤٨ من التقنين الكويتي .

وفي الفقه الاسلامي انظر المادة ٢٦٠ من مرشد الحيران .

(مادة ٣٧٦)

١ - تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى اذا أقر المدين بحق الدائن اقرارا صريحا أو ضمنيا .

٢ - ويعتبر اقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت يد الدائن ما لا له موهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين .

هذه المادة تطابق المادة ٣٨٤ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « المدة المقررة لعدم سماع الدعوى » بكلمة (التقادم) الواردة في نص التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٣٨ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها المادة ٤٥٩ من التقنين الأردني التي تنص على أن « إقرار المدين بالحق صراحة أو دلالة يقطع مرور الزمان المقر لعدم سماع الدعوى » .

المتجددة تتقادم بخمس سنوات حتى لا تتراكم على المدين فترهقه . وحقوق أصحاب المهن الحرة تتقادم بخمس سنوات ، والتقادم هنا يقوم على قرينة الوفاء وعدم ارهاق المدين . وحقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والاجراء تتقادم بسنة واحدة . والتقادم هنا يقوم على قرينة انوفاء .

وبلاحظ على هذا النظر ما تقدم ذكره من أن القاعدة الأساسية في الشريعة الاسلامية أن الحق لا يسقط أو ينقضي بمرور الزمن ، طال هذا الزمن أو قصر ، وذلك استنادا الى الحديث الشريف الذي يقول : « لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم » ومن ثم كان عدم سماع الدعوى استثناء لا يؤخذ به الا اذا توفر شرطاه ، وهما وجود العذر الشرعي الذي يتعذر معه المطالبة بالحق ، وترك الدعوى طوال المدة المقررة لعدم سماعها . ويقابل ذلك أن توافر هذين الشرطين يتحتم به منع سماع الدعوى متى تمسك به المدين ، دون نظر الى الاعتبارات الأخرى التي تساق لتبرير التقادم . ولا شك في أن عدم وجود نائب يمثل من لا تتوافر فيه الأهلية أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية يعتبر عذرا شرعيا يحول دون إمكان المطالبة بالحق ، سواء كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى خمس سنوات أو اقل أو أكثر من ذلك . فالعذر الشرعي والمدة المقررة لعدم سماع الدعوى أمران متلازمان . ولهذا أغفل النص المقترح حكم الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ من التقنين الحالي .

وغنى عن البيان أن العذر الشرعي هو قيام المانع الذي يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، وإنما أثر المشروع أن يستعمل في هذا المقام تعبير « العذر الشرعي » الذي جرت به أقلام الفقهاء المسلمين لبلاغته في الإيجاز والدلالة .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادتين ٤٣٥ و ٤٣٦ من التقنين العراقي .

فالمادة ٤٣٥ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : « ١ - تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعذر الشرعي ، كان يكون المدعى صغيرا أو محجورا وليس له ولي أو غائبا في بلاد أجنبية نائية أو أن تكون الدعوى بين الزوجين أو بين الأصول والفروع أو أن يكون هناك مانع آخر يستحيل معه على المدعى أن يطالب بحقه .

٢ - والمدة التي تمضي مع قيام العذر لا تعتبر » .

والمادة ٤٣٦ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : « اذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم من غير عذر المدة المقررة وكان لباقي الورثة عذر شرعي تسمع دعوى هؤلاء بقدر حصتهم من الدين » .

وتطابق في حكمها المادتين ٤٥٧ ، ٤٥٨ من التقنين الأردني .

فالمادة ٤٥٧ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : « يقف مرور الزمان المانع من سماع الدعوى كلما وجد عذر شرعي يتعذر معه المطالبة بالحق » . ٢ - ولا تحسب مدة قيام العذر في المدة المقررة » .

والمادة ٤٥٨ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : « اذا ترك بعض الورثة الدعوى بحق مورثهم المدة المقررة لسماع الدعوى بغير عذر شرعي وكان لبعض الآخر عذر شرعي تسمع دعوى هؤلاء بقدر انصبتهم » .

وتطابق في حكمها المادتين ٤٤٦ و ٤٤٧ من التقنين الكويتي .

فالمادة ٤٤٦ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ - لا تسرى المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع ادبيا ، كما أنها لا تسرى كذلك فيما بين الاصيل والنائب .

وتقابل المادة ٤٥٣ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى إذا أقر المدعى بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً ٢ - ويعتبر إقراراً ضمناً ترك المدعى مالاًه تحت يد الدائن إذا كان المال مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين ، أو كان الدائن قد حبسه بناء على حقه في الامتناع عن رده الى حين الوفاء بالدين المرتبط به عملاً بالمادة ٣١٨ » .

وفي الفقه الاسلامي : انظر المادتين ١٦٠ و ١٦١ من مرشد الحمران . وهما تتضمنان إقراراً ضمناً بحق واضع اليد في دعوى اللك .

(مادة ٣٧٧)

١ - إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون المدة الجديدة مساوية للمدة الأولى .

٢ - على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي ، أو انقطعت مدة إقرار المدعى ، كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة .

هذه المادة تقابل المادة ٣٨٥ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « ١ - إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول .

٢ - على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدعى كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمناً لإلتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي من الوجه الآتية :

١ - يشير النص المقترح الى المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، بدلا من نظام التقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي .

٢ - يقضى النص المقترح بأنه إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بإقرار المدعى ، فإن المدة الجديدة تصبح خمس عشرة سنة ، ولو كانت المدة الأولى أقل من ذلك ، بحيث يسري هذا الحكم على جميع المدد التي تقل عن خمس عشرة سنة ، دون تفرقه بين دين وآخر .

بينما يقصر التقنين الحالي هذا الحكم على الديون التي تتقادم بسنة واحدة . مع أنه لا مبرر للتفرقة في هذا الصدد بين حقوق أصحاب المهن الحرة التي تتقادم بخمس سنوات وحقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والإجراء التي تتقادم بسنة واحدة إذ يقوم التقادم في كلا الفريقين على قرينة الوفاء . والواقع أن هذه التفرقة لم تكن مقصودة في الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ من التقنين الحالي . حيث يرجع ذلك الى أن المادة المقابلة للمادة ٣٧٦ من التقنين الحالي في المشروع التمهيدي كانت تنص على تقادم حقوق أصحاب المهن الحرة بسنة واحدة ، فكانت تدخل في الحقوق التي تتحول مدة التقادم فيها من سنة واحدة الى خمس عشرة سنة لصدور

إقرار بها من المدعى . ولما عدلت مدة التقادم فيها فارتفعت الى خمس سنوات لم يلاحظ ادخال ما يقتضيه هذا التعديل من تعديل مقابل في نص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ . لا سيما وأن هذا لا يتسق مع ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ من أنه إذا حرر سنده بالدين بحق من الحقوق التي تدخل في أي من الفريقين المذكورين ، فإن مدة التقادم ترتفع الى خمس عشرة سنة . بحيث أن تحرير سنده بالدين يعتبر حالة خاصة من حالات إقرار المدعى بالدين .

وقد راعى المشروع في هذا التعديل أن قرينة الوفاء هي الاعتبار الأساسي الذي يقوم عليه حكم عدم سماع الدعوى بالنسبة الى الديون التي تتقادم بمدة تقل عن خمس عشرة سنة ، سواء كانت هذه المدة خمس سنوات أو سنة واحدة . وذلك نظرا الى طبيعة هذه الديون التي لا يزل أن يسكت عنها أصحابها مدة طويلة . فإذا انقطعت المدة بإقرار المدعى انقضت هذه القرينة ، وأصبح الدين في عداد الديون العادية التي لا تسمع الدعوى فيها بعد انقضاء خمس عشرة سنة . فكما تنفي قرينة الوفاء في حالة الحكم بالدين ، فإنها تنفي كذلك في حالة انقطاع المدة بالإقرار . وكما أن الحكم يقوى الإلتزام ، ويهده بسبب جديد للبقاء ، فلا يمتنع سماع الدعوى به إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم ، فكذلك الحال بالنسبة الى الإقرار ، فلا يمتنع سماع الدعوى بالدين المثار به إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الإقرار . حيث تزول عن الدين صفته الأولى ، فتسري في شأنه مدة عدم سماع الدعوى في الأصل ، وهي خمس عشرة سنة . وبذلك يفقد هذا الحكم متسقا مع ما تقرره المادة ٣٧٠/٢ من المشروع من أنه إذا حرر سنده بحق من هذه الحقوق فلا يمتنع سماع الدعوى به إلا بانقضاء خمس عشرة سنة .

٣ - أغفل النص المقترح ما ورد في نص التقنين الحالي من جعل الدين المحكوم به ، فيما تضمن من التزامات دورية متجددة لاستحقاق الأداء إلا بعد صدور الحكم . يتقادم بخمس سنوات لا بخمس عشرة سنة ، وذلك نظرا الى أن هذا ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيؤخذ به دون حاجة الى النص عليه .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٣٩ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة كالمدة الأولى .

٢ - على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم درجة الثبات أو إذا كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى سنة واحدة وانقطعت بإقرار المدعى كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة . »

وتقابل المادة ٤٦١ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة كالمدة الأولى ٢ - ولا يسقط الحق مهما كان نوعه إذا قضت به المحكمة بحكم لا يقبل الطعن . » .

والثانية ، انه اذا انكر المدين رغم عدم الوفاء ، فلم تسمع الدعوى ضده ، تخلف في ذمته التزام طبيعي . حيث تظل ذمة المدين مشغولة بالمدين ، الامر الذي ينافي ما يقرره التقنين الحالي من ان الالتزام ينقضي بالتقادم . فاذا قام المدين بالوفاء بعد تمسكه بعدم سماع الدعوى وقع وفاؤه صحيحا ، ولو لم يكن عن بينة . بمعنى انه لا يستطيع ان يسترد ما اداه ، ولو كان قد وقع في غلط بان اعتقد عند الوفاء انه ملزم بأداء الدين .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٤٠ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « لا يسقط الحق بمرور الزمان ، فاذا اقر المدعى عليه بالحق أمام المحكمة اخذ باقراره ، لمالم يوجد نص يقضي بغير ذلك » .

وتقابل ما جاء في صلب المادة ٤٤٩ من التقنين الأردني من انه « لا ينقضي الحق بمرور الزمان . . . » .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٦٧٤ من المجلة على ما يأتي : « لا يسقط الحق بتقادم الزمان . بناء عليه اذا اقر واعترف المدين عليه صراحة في حضور الحاكم بأنه للمدعى عنده حق في الحال في دعوى وجيد فيها مرور الزمان بالوجه الذي ادعاه المدعى فلا يعتبر مرور الزمان ويحكم بموجب اقرار المدعى عليه . . . » وهذا النص يطابق في خصوص ما تناوله ما جاء في النص المقترح .

(مادة ٣٧٩)

اذا لم تسمع الدعوى بالحق ، فلا تسمع بملحقاته ، ولو لم تكتمل المدة المقررة لعدم سماعها بهذه الملحقات .

هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « اذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي من وجهين :

(١) يتحدث النص المقترح عن عدم سماع الدعوى بالحق ، وذلك على خلاف التقنين الحالي الذي يتحدث عن سقوط الحق بالتقادم .

(٢) يقتصر النص المقترح على ذكر كلمة « الملحقات » بدلا من عبارة « الفوائد وغيرها من الملحقات » التي وردت في التقنين الحالي وبذلك امكن تلافي ذكر الفوائد التي عني التقنين الحالي بذكرها دون غيرها من الملحقات .

فعلم سماع الدعوى بالحق يستتبع عدم سماعها بملحقاته من كفالة ورهن وسمى وحق امتياز ونحو ذلك . فتبرا ذمة الكفيل ، ويمتنع سماع الدعوى بالرهن والامتياز ، حيث يزول التابع بزوال الاصل . ويبقى التابع ما بقي الاصل ، ولو اكتملت بالنسبة الى التابع مدة عدم سماع الدعوى . فاذا كانت الدعوى دائنة تسقط بالدين الاصيل بسبب انقطاع المدة مثلا ، فان ضماناته تبقى ولو اكتملت بالنسبة اليها مدة عدم سماع الدعوى .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٤٦٢ من التقنين الأردني التي تنص على أن « عدم سماع المدعى بالحق لمرور الزمان يستتبع عدم سماعها بتوابعه ولو لم تكتمل المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بهذه التوابع » .

وتتفق مع المادة ٤٥٠ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع . وتكون المدة الجديدة ماثلة للمدة الاولى ٢٠ - ومع ذلك فان المدة الجديدة تكون خمس عشرة سنة في الأحوال الآتية :

١ - اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، بدأت مدة جديد من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون المدة الجديدة ماثلة للمدة الاولى .

٢ - اذا حكم بالحق وحاز الحكم قوة الأمر المقضي ، وذلك فيما عدا ما يتضمنه الحكم من التزامات دورية متجددة وتكون مستحقه الاداء بعد صدوره .

(ب) اذا كان الحق مما لا تسمع به الدعوى بمرور خمس سنوات وفقا للمادة ٤٤٠ أو بمرور سنة واحدة وفقا للمادة ٤٤٢ وانقطعت المدة باقرار المدين .

انظر في الفقه الاسلامي المادتين ١٦٠ و ١٦١ من موشد الحيران ، وهما تنضمنان اقرارا ضمنيا بحق واصع انيد في دعوى الملك . الامر الذي يحول دون سماع الدعوى رغم عدم مضي خمس عشرة سنة .

(مادة ٣٧٨)

لا ينقضي الحق بمرور الزمان . فاذا اقر المدين بالحق أمام القضاء اخذ باقراره . واذا انكر المدين الحق ، فلم تسمع الدعوى ضده ، تخلف في ذمته التزام طبيعي .

هذه المادة تقابل الفقرة الاولى من المادة ٣٨٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي من وجهين :

(١) يقرر النص المقترح أن الحق لا ينقضي بمرور الزمان . وذلك على خلاف التقنين الحالي الذي ينص على انقضاء الالتزام بالتقادم .

(٢) يقضي النص المقترح بأنه اذا اقر المدين بالحق أمام القضاء فانه يؤخذ باقراره دون اعتبار لمرور الزمن . وذلك على خلاف التقنين الحالي الذي يخول المدين الحق في ان يتمسك بالتقادم رغم اقراره بالدين ، وذلك بالنسبة الى الحقوق الدورية المتجددة .

ذلك ان النص المقترح يبدأ بتقرير القاعدة الأساسية التي تأخذ بها الشريعة الاسلامية والتي تستند الى الحديث الشريف الذي يقول : « لا يطل حق امرئ مسلم وان قدم » . تلك القاعدة التي نصت عليها المجلة ، فقضت بان الحق لا يسقط بتقادم الزمان (م ١٦٧٤ مجلة) .

ويترتب على هذه القاعدة الأساسية نتيجتان هامتان وردتا في النص المقترح .

الاولى ، انه اذا اقر المدين بالحق أمام القضاء فانه يؤخذ باقراره دون اعتبار لمرور الزمن . وقد نصت المادة ١٦٧٤ من المجلة على هذه النتيجة . حيث انه بالاقرار تنتفي قرينة الوفاء التي يقوم عليها عدم سماع الدعوى ، كما تنتفي الاعتبارات الاخرى التي تبرر عدم السماع .

هذه المادة تقابل المادة ٤١٨ من التقنين الحالي التي تنص على أن « البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل إلى المشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي » .

ويؤخذ على نص التقنين الحالي أنه يعرف البيع بالآثر الذي يترتب عليه ، وهو التزام البائع بنقل الملكية . مع أن التعريف يجب أن يتناول العناصر المكونة للعقد ، وهي تتركز في اتجاه إرادة الطرفين إلى تحقيق عملية قانونية معينة ، هي محل العقد . والعملية القانونية المقصودة من البيع هي انتقال ملكية شيء أو انتقال حق مالي آخر من البائع إلى المشتري . حيث يرتب عقد البيع التزامات على عاتق كل من الطرفين ، وهذه الالتزامات ترمي في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد .

ولهذا جاء في التعريف المقترح أن مقتضى عقد البيع هو انتقال ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٥٤ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « البيع عقد على تملك شيء أو نقل حق مالي آخر لقاء عوض نقدي » .

وتقابل المادة ٤٦٥ من التقنين الأردني التي تنص على أن « البيع تملك مال أو حق مالي لقاء عوض » .

وتقابل المادتين ٥٠٦ و ٥٠٧ من التقنين العراقي .

فالمادة ٥٠٦ من هذا التقنين تنص على أن « البيع مبادلة ماله بمال » والمادة ٥٠٧ من هذا التقنين تنص على أن « البيع باعتبار المبيع إما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق ، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف » أو بيع العين بالعين وهي المقايضة » .

وفى هذا العدد يختلف التصوير الفني في الفقه الإسلامي عنه في فقه القانون الوضعي وهو الفقه اللاتيني . ففي الفقه الإسلامي ينتقل الملك بالعقد . أما في الفقه اللاتيني فالعقد ينشئ التزاما بنقل الملك ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه فينتقل الملك تنفيذاً للالتزام لا بحكم العقد .

وهذا الاختلاف في التصوير لا يمس الفكرة الجوهرية ، وهي أن الحق ينتقل إلى المشتري بالعقد ، وقد روى الأخذ بالتصوير الذي يقول به الفقه الإسلامي ، لأنه أدق من الناحية الفنية . فإذا كان المبيع معيناً بالذات ومملوكاً للبائع ، فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد . وقد يتطلب الشارع لهذا الانتقال شروطاً خاصة ، كالافراز في المنقول المعين بالنوع والتسجيل في العقار ، فلا تنتقل الملكية إلا بتوافر هذه الشروط أعملاً للقاعدة الأصولية وهي أن الحكم لا يترتب إلا إذا وجد سببه وتوفرت شروطه . فالسبب هنا هو العقد ، وكل من الافراز والتسجيل شروط لترتيب الحكم (أنظر المذكرة الإيضاحية للمادتين ٢١٩ ، ٢٢٠ من المشروع) .

الكتاب الثاني

العقود المسماة

نظرة عامة :

يسير المشروع في هذا التصدد على نهج التقنين الحالي ، فيرتب العقود المسماة ترتيباً منطقياً على أساس محل العقد ، وبذلك تنقسم هذه العقود إلى عقود ترد على الملكية ، وعقود ترد على المنفعة . وعقود ترد على العمل ، وعقود تعاون ، وأخيراً عقد الكفالة باعتباره عقد ضمان شخصي فلا يدخل في العقود المتقدمة ويجب في الوقت ذاته أن ينفصل عن عقدي الضمان العيني وعما عقد الرهن وعقد رهن الحيازة .

وقد رأينا فيما تقدم أن للالتزام محلاً وللعقد محل آخر . فمحل الالتزام هو الاداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن . أما محل العقد فهو العملية القانونية المقصودة من العقد . وإذا كان أثر العقد هو إنشاء التزامات ، فإن هذه الالتزامات ترمي في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد . وبهذا يتميز محل العقد عن محل الالتزام ، كما يخضع كل منهما لأحكام غير التي يخضع لها الآخر . ومن ثم جرى المشروع على أن ينوّه في تعريف كل عقد بالمحل الذي ينصب عليه . أي العملية القانونية المقصودة من العقد باعتبارها العنصر الجوهرى المكون له ، دون ذكر للالتزام الذي يترتب عليه . وهو بذلك يخالف ما جرى عليه التقنين الحالي ، نظراً إلى أن التعريف يجب أن يتناول العناصر الجوهرية المكونة للعقد .

الباب الأول

العقود التي ترد على الملكية

الفصل الأول

البيع

الفرع الأول

البيع بوجه عام

١ - أركان البيع .

(مادة ٣٨٢)

البيع عقد تنتقل بمقتضاه ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي .

هذه المادة تقابل المادة ٤١٨ من التقنين الحالي التي تنص على أن « البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل إلى المشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي » .

ويؤخذ على نص التقنين الحالي أنه يعرف البيع بالآثر الذي يترتب عليه ، وهو التزام البائع بنقل الملكية . مع أن التعريف يجب أن يتناول العناصر المكونة للعقد ، وهي تتركز في اتجاه ارادة الطرفين إلى تحقيق عملية قانونية معينة ، هي محل العقد . والعملية القانونية المقصودة من البيع هي انتقال ملكية شيء أو انتقال حق مالي آخر من البائع إلى المشتري . حيث يترتب عقد البيع التزامات على عاتق كل من الطرفين ، وهذه الالتزامات ترمي في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد .

ولهذا جاء في التعريف المقترح أن مقتضى عقد البيع هو انتقال ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٥٤ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « البيع عقد على تملك شيء أو نقل حق مالي آخر لقاء عوض نقدي » .

وتقابل المادة ٤٦٥ من التقنين الأردني التي تنص على أن « البيع تملك مال أو حق مالي لقاء عوض » .

وتقابل المادتين ٥٠٦ و ٥٠٧ من التقنين العراقي .

فالمادة ٥٠٦ من هذا التقنين تنص على أن « البيع مبادلة ماله بماله » والمادة ٥٠٧ من هذا التقنين تنص على أن « البيع باعتبار المبيع إما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق ، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف ، أو بيع العين بالعين وهي المقايضة » .

وفى هذا العدد يختلف التصوير الفني في الفقه الإسلامي عنه في فقه القانون الوضعي وهو الفقه اللاتيني . ففي الفقه الإسلامي ينتقل الملك بالعقد . أما في الفقه اللاتيني فالعقد ينشئ التزاما بنقل الملك ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه فينتقل الملك تنفيذاً للالتزام لا بحكم العقد .

وهذا الاختلاف في التصوير لا يمس الفكرة الجوهرية ، وهي أن الحق ينتقل إلى المشتري بالعقد ، وقد روى الأخذ بالتصوير الذي يقول به الفقه الإسلامي ، لأنه أدق من الناحية الفنية . فإذا كان المبيع معيناً بالذات ومملوكاً للبائع ، فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد . وقد يتطلب الشارع لهذا الانتقال شروطاً خاصة ، كالافراز في المنقول المعين بالنوع والتسجيل في العقار ، فلا تنتقل الملكية إلا بتوافر هذه الشروط أعمالا للقاعدة الأصولية وهي أن الحكم لا يترتب إلا إذا وجد سببه وتوفرت شروطه . فالسبب هنا هو العقد ، وكل من الافراز والتسجيل شروط لترتيب الحكم (أنظر المذكرة الإيضاحية للمادتين ٢١٩ ، ٢٢٠ من المشروع) .

الكتاب الثاني

العقود المسماة

نظرة عامة :

يسير المشروع في هذا انصدد على نهج التقنين الحالي ، فيرتب العقود المسماة ترتيباً منطقياً على أساس محل العقد ، وبذلك تنقسم هذه العقود إلى عقود ترد على الملكية ، وعقود ترد على المنفعة . وعقود ترد على العمل ، وعقود تعاون ، وأخيراً عقد الكفالة باعتباره عقد ضمان شخصي فلا يدخل في العقود المتقدمة ويجب في الوقت ذاته أن ينفصل عن عقدي الضمان لغنيى وهما عقد الرهن وعقد رهن الحيازة .

وقد رأينا فيما تقدم أن للالتزام محلاً وللعقد محل آخر . فمحل الالتزام هو الاداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن . أما محل العقد فهو العملية القانونية المقصودة من العقد . وإذا كان أثر العقد هو انشاء التزامات ، فإن هذه الالتزامات ترمي في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد . وبهذا يتميز محل العقد عن محل الالتزام ، كما يخضع كل منهما لأحكام غير التي يخضع لها الآخر . ومن ثم جرى المشروع على أن ينوّه في تعريف كل عقد بالمحل الذي ينصب عليه . أي العملية القانونية المقصودة من العقد باعتبارها العنصر الجوهرى المكون له ، دون ذكر للالتزام الذي يترتب عليه . وهو بذلك يخالف ما جرى عليه التقنين الحالي ، نظراً إلى أن التعريف يجب أن يتناول العناصر الجوهرية المكونة للعقد .

الباب الأول

العقود التي ترد على الملكية

الفصل الأول

البيع

الفرع الأول

البيع بوجه عام

١ - أركان البيع .

(مادة ٣٨٢)

البيع عقد تنتقل بمقتضاه ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي .

وقد أريد بالنص على هذا التطبيق إيضاح حكم هام يحرس عليه الفقه الاسلامي لما يخشاه من غرر في الصفقة . وهو يتناول صوراً كثيرة ماتقع في الحياة العملية . كما في بيع ثمار حديقة قبل الطلوع أو قبل النضوج وقد يكون ذلك لعدة سنوات مستقبلية . وكما في بيع سلعة قبل صنعها ، وكما في بيع شقة للسكنى أو لغرض آخر قبل البناء . ففي مثل هذه الحالات يجب أن يوجد الشيء المتعاقد عليه في المستقبل ، وأن يكون قد تم تعيينه على نحو تنتقي معه الجهالة والغرر وفقاً لتقدم ذكره . فإذا لم يوجد الشيء على الصفة التي تم عليها التعاقد وقع العقد باطلاً .

انظر المادة ١١٩ من المشروع والنصوص المقابلة لها في التقنينات العربية الأخرى والمراجع الفقهية في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة .

(مادة ٣٨٤)

١ - يجب أن يكون المشتري عالماً بالبيع علماً كافياً ، والا كان له طلب إبطال البيع . فإذا لم ير المشتري البيع . وجب أن يشتمل العقد على بيان البيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه .

٢ - وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالبيع ، فلا يحق له طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع .

٣ - ويسقط حق المشتري في طلب الإبطال إذا مضى على البيع وقت كاف للوقوف على حالة البيع دون أن يصدر منه ما يدل على عدم رضائه به .

هذه المادة تقابل المادة ٤١٩ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - يجب أن يكون المشتري عالماً بالبيع علماً كافياً . ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان البيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه .

٢ - وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع .

وقد أدخل على نص التقنين الحالي التعديلات الآتية :

أولاً - أضيف إلى الفقرة الأولى الجزء الذي يترتب على عدم العلم بالبيع ، وهو حق المشتري في طلب إبطال العقد ، زيادة في الإيضاح . كما عدلت العبارة الأخيرة من هذه الفقرة على نحو يتضح فيه أن الأصل في انعام بالبيع هو رؤيته ، وأن ذكر الأوصاف الأساسية للمبيع يقوم مقام الرؤية .

وقد نصت المادة ٥٣١ من التقنين العراقي في هذا المعنى على أنه (إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات أو كان قد بيع جزأً ، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع . وأما إذا كان المبيع لم يعين إلا بنوعه فلا تنتقل الملكية إلا بالأفراز) .

كما نصت المادة ٤٦٣ من التقنين الكويتي في هذا المعنى على أنه (يترتب على البيع نقل ملكية المبيع إذا كان معيناً بالذات ومملوكاً للبائع ، فإن لم يعين المبيع إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بالأفراز . وكل ذلك ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغيره ودون إخلال بقواعد التسجيل) .

والبيع وفي الفقه الاسلامي ، هو كما تقول المجلة (م ١٠٥) ، « مبادلة مال بمال » ، وهو ما ينص عليه التقنين العراقي (م ٥٠٦) ، أو هو ، كما يقول مرشد الحبران (م ٣٤٣) ، « تملك البائع مالا للمشتري بمال يكون ثمناً للمبيع » . ففي هذا الفقه يصح أن يكون الثمن من غير النقود ، فيتسع البيع فيه ليشمل البيع المطلق والمقايضة والصرف والسلم . والبيع المطلق هو بيع العين بالنقد ، والمقايضة هي بيع العين بالعين ، والصرف هو بيع النقد بالنقد ، والسلم بيع شيء غير موجود بالذات بشئ مقبوض في الحال على أن يوجد الشيء ويسلم إلى المشتري في أجل معلوم .

والبيع في المشروع هو البيع المتعارف في الفقه الاسلامي . فيجب أن يكون مقابل المبيع ثمناً نقدياً . وبذلك يتميز البيع عن المقايضة .

ويتفق النص المقترح مع ما تنص عليه المادة الأولى من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابي حنيفة ، حيث تقول : « البيع هو مبادلة مال غير نقدي بمال نقدي على وجه التراضي » .

(مادة ٣٨٣)

لا يصح أن يكون البيع احتمالياً جزأً . فإذا ورد البيع على شيء مستقبل وجب أن يعين هذا الشيء تعييناً نافياً للجهالة والغرر ، فتذكر أوصافه الأساسية ومقداره ، ولا يدفع المشتري من الثمن إلا بمقدار ما يأخذ من المبيع .

هذه المادة مستحدثة .

وهي تطبق للقاعدة الواردة في المادة ٢/١١٩ من المشروع التي تنص على أنه « يجوز أن يكون العقود عليه شيئاً مستقبلاً إذا عين تعييناً نافياً للجهالة والغرر » . فالنهي عن بيع المعلوم في الفقه الاسلامي إنما هو للغرر لا لعدم . فإذا كان التعامل في الشيء المستقبلي احتمالياً جزأً ، فإنه يكون باطلاً ، لما فيه من الغبن والغرر . أما إذا كان التعامل غير جزأً ، بحيث لا يدفع المشتري من الثمن إلا بمقدار ما يأخذ من المبيع ، فلا يكون هناك غبن ولا غرر . ومن ثم يصح التعامل . ويتحقق ذلك إذا وجد الشيء في المستقبل وكان معيناً تعييناً نافياً للجهالة والغرر ، فتذكر أوصافه الأساسية كما يذكر مقداره بما يقابله من الثمن ، ولا يدفع المشتري من الثمن إلا بمقدار ما يأخذ من المبيع .

٢ - يكون المبيع معلوما عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له وإذا كان حاضرا تكفى الإشارة إليه .

والمادة ٤٦٧ تنص على ما يأتي : « إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع علما كافيا فلا حق له في طلب إبطال العقد لعدم العلم إلا إذا أثبت تدليس البائع » .

والمادة ٤٦٨ تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا كان البيع بالنموذج تكفى فيه رؤيته ووجب أن يكون المبيع مطابقا له .

٢ - فإذا ظهر أنه غير مطابق فإن المشتري يكون مخيرا أن شاء قبله وإن شاء رده » .

والمادة ٤٦٩ تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا اختلف المتبايعان في مطابقة المبيع للنموذج وكان النموذج والمبيع موجودين فالرأي لأهل الخبرة وإذا فقد النموذج في يد أحد المتبايعين فالقول في المطابقة أو المغايرة للطرف الآخر ما لم يثبت خصمه العكس .

٢ - وإذا كان النموذج في يد ثالث باتفاق الطرفين فقد كان المبيع معينا بالذات ومتفقا على أنه هو المعقود عليه فالقول للبائع في المطابقة ما لم يثبت المشتري العكس وإذا كان المبيع معينا بالنوع أو معينا بالذات وغير متفق على أنه هو المعقود عليه فالقول للمشتري في المغايرة ما لم يثبت البائع العكس » .

وتقابل المواد ٥١٧ - ٥٢٣ من التقنين العراقي .

فالمادة ٥١٧ تنص على ما يأتي :

« ١ - كل من اشترى شيئا لم يره كان له الخيار حين يراه ، فإن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع ولا خيار للبائع فيما باعه ولم يره .

٢ - والمراد بالرؤية الوقوف على خصائص الشيء ومزاياه بالنظر أو اللمس أو الشم أو السمع أو المذاق » .

والمادة ٥١٨ تنص على ما يأتي :

« ١ - الأشياء التي تباع على مقتضى نموذجها تكفى رؤية النموذج منها . فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى على مقتضاه ، كان المشتري مخيرا بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع » .

٢ - فإذا تعيب النموذج أو هلك في يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطأ منه ، كان على هذا المتعاقد بحسب ما يكون بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له » .

ثانيا - إجراء تعديل لفظي بسيط في الفقرة الثانية .

ثالثا - إضافة فقرة نالمة تقضى بسقوط حق المشتري في طلب الإبطال إذا مضى على البيع وقت كاف للوقوف على حالة المبيع دون أن يصدر منه ما يدل على رضائه به ، وذلك حسما للموقف مراعاة لاستمرار التعامل ، وحتى لا يظل مصير العقد معلوما مدة أكثر مما يلزم في الحالات التي يتعذر فيها استخلاص النزول الضمني من جانب المشتري عن خياره . ويتفق حكم هذه الفقرة مع ما يقول به الفقه الإسلامي في مذهب الإمام أحمد حيث تنص المادة ١٨ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على هذا المذهب على أنه « إذا وجد المشتري المبيع على غير ما رآه أو وُصف له فله الفسخ على التراخي ولا يستطع خياره ما لم يوجد منه ما يدل على رضاه » ولا شك أن السكوت مدة تكفى للوقوف على حالة المبيع دون أن يصدر ما يدل على عدم الرضاء به بعد رضى .

ووجوب علم المشتري بالمبيع علما كافيا هو تطبيق لأحكام خيار الرؤية في الفقه الإسلامي . ففي هذا الفقه ، وبخاصة المذهب « الحنفي » ، يثبت للمشتري الذي لم ير المبيع خيار الرؤية ، حيث يستطيع المشتري بموجب أن ينقض البيع ويرد المبيع إذا رآه فوجده على خلاف ما يظن .

(انظر : البدائع ج ٥ ص ٢٩٢ - فتح القدير ج ٥ ص ١٤٠ - المسوط للسرخسي ج ١٣ ص ٦٨ - ٧٠ - المغني ج ٤ ص ٧٤ - ٩٠ - وانظر م ٢٠٠ - ٢٠٤ و ٣٢٠ - ٣٢٥ من المجلة ، و م ٣٣٩ - ٣٤١ من مرشد الحيران ، والسنهوري ، الوسيط ج ٤ في البيع فقرة ٦١ - ٦٥ ، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٤ ص ٢٤٨ - ٢٦٧) ، وانظر كذلك : مجلة الأحكام الشرعية في الفقه الحنبلي : ٢٦٩م .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٥٦ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يجب أن يكون المبيع معلوما للمشتري علما كافيا ، وألا كان له الحق في طلب إبطال البيع .

٢ - ويعتبر علما كافيا بالمبيع اشتغال العقد على بيان أوصافه الأساسية ، بياناً يمكن من تعرفه .

٣ - وإذا ذكر في العقد أن المشتري عالم بالمبيع ، لا يكون له طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع .

٤ - وإذا تسلم المبيع ولم يعترض عليه خلال فترة معقولة اعتبر ذلك قبولا له » .

وتقابل المواد ٤٦٦ - ٤٦٩ من التقنين الأردني .

فالمادة ٤٦٦ تنص على ما يأتي :

« ١ - يشترط أن يكون المبيع معلوما عند المشتري علما نافيا للجهالة الفاحشة .

والمادة ٥١٩ تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا بيعت جملة أشياء متفاوتة صفقة واحدة ، فلا بد للزوم البيع من رؤية كل واحدة منها على حدة . »

٢ - واذا كان المشتري رأى بعضها ، فمضى رأى الباقي جاز له أخذ جميع الأشياء أو ردها جميعاً ، وليس له أن يأخذ ما رآه ويترك الباقي . »

والمادة ٥٢٠ تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا وصف شيء للأعمى وعرف وصفه ثم اشتراه ، لا يكون مخيراً . »

٢ - ويسقط على كل حال خيار الأعمى بلمس الأشياء التي تعرف باللمس وشم المشمومات وذوق المذوقات . »

والمادة ٥٢١ تنص على أن « الوكيل بشراء شيء ، والوكيل بقبضه رؤيتهما كروية الأصل ، أما الرسول فلا تسقط رؤيته خيار المشتري . »

والمادة ٥٢٢ تنص على أن « من رأى شيئاً بقصد الشراء ثم اشتراه بعد مئة وهو يعلم أنه الشيء الذي كان قد رآه ، فلا خيار له الا اذا وجد الشيء قد تغير عن الحال التي رآه فيه . »

والمادة ٥٢٣ تنص على ما يأتي :

« ١ - يسقط خيار الرؤية بموت المشتري ، وبتصرفه في المبيع قبل أن يراه ، وبإقراره في عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبله بحالته ، وبوصف الشيء في عقد البيع وصفا يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت ، وبتعيب المبيع أو هلاكه بعد القبض ، وبصدور ما يبطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها ، ويمضي وقت كاف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون أن يراه . »

٢ - وللبائع أن يحدد للمشتري أجلاً مناسباً يسقط بانقضائه الخيار اذا لم يرد المبيع في خلال هذه المدة . »

(مادة ٣٨٥)

١ - اذا كان البيع على مقتضى نموذج معين ، وجب أن يكون المبيع مطابقاً له . »

٢ - واذا تلف النموذج أو هلك في يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطأ منه ، كان على هذا المتعاقد بائعاً كان أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابقاً للنموذج أو غير مطابق له . »

هذه المادة تطابق المادة ٤٢٠ من التقنين الحالي مع تعديل لفظي ، حيث تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا كان البيع بالعينة ، وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها . »

٢ - واذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطأ ، كان على المتعاقد بائعاً كان أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق . »

ويتفق حكم المادة المقترحة مع الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة حيث أجاز جمهور الفقهاء البيع بالنموذج (بالعينة) وقرروا الاكتفاء برؤية ما يدل على العلم بالمقصود . فاذا وجد المبيع مطابقاً للنموذج كان البيع لازماً والا كان للمشتري الخيار ، ان شاء قبل المبيع وان شاء فسخ البيع . كما ذهب بعض الفقهاء الى وجوب الاحتفاظ بالنموذج ليكون كالشاهد عند تنازع المتبايعين في موافقة المبيع له ، واعتبار من تلف في يده النموذج مدعياً عليه عبء الإثبات مما يوافق النص المقترح . فقد نصت المادة ٣٢٥ من المجلة على أن « ما بيع على مقتضى النموذج اذا ظهر دون النموذج يكون المشتري مخيراً ان شاء قبله وان شاء رده . » وجاء في نهاية المحتاج ج ٣ ص ٤٠٤ : « وتكفي رؤية المبيع الدال على باقيه نحو نموذج المتاعل ويسمى بالعينة . » وجاء في مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك في المادة ٣٨ أنه « يجوز بيع الشيء على المزوم أو على الخيار بناء على رؤية بعضه سواء أكان مثلياً أم مقوماً . » ويجب الاحتفاظ ببعض المثلث ليكون كالشاهد عند تنازع المتبايعين في موافقة باقي المبيع للبعض المثلثي . ومع ذلك فقد خالف الحنابلة جمهور الفقهاء ، فقالوا بعدم جواز بيع النموذج (انظر مجلة الأحكام الشرعية على المذهب الحنبلي : م ٣٠٨ وشرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ٩) .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٥٧ من التقنين الكويتي مع اختلاف لفظي ، حيث تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا كان البيع بالعينة ، انعقد البيع على مبيع مطابق لها . »

٢ - فاذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ، كان عليه اثبات المطابقة أو المغايرة ، ولو كان التلف أو الهلاك بغير خطئه . »

وتقابل المادة ٥١٨ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - الأشياء التي تباع على مقتضى نموذجها تكفي رؤية النموذج فيها : فان ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى على مقتضاه ، كان المشتري مخيراً بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع . »

٢ - فاذا تعيب النموذج أو هلك في يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطأ منه ، كان على المتعاقد بحسب ما يكون بائعاً أو مشترياً أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له . »

وتقابل المادتين ٤٦٨ و ٤٦٩ من التقنين الأردني . »

هذه المادة تقابل المادتين ٤٢١ و ٤٢٢ من التقنين الحالي .

والمادة ٤٢١ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ - في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه ، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة . فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها ، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع ، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوتة قبولا . »

٢ - ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع ، الا اذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ . »

والمادة ٤٢٢ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« اذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل البيع أو يرفضه ، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف ، ولا ينعقد البيع الا في الوقت الذي يتم فيه هذا الاعلان . »

وقد رؤى ادماج هاتين المادتين في مادة واحدة على النحو الوارد في المادة المقترحة لنوحيد الحكم في بيع التجربة وبيع المذاق ، اذ لا مسوغ للفرقة بينهما في الحكم .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٤٦٢ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي ، « يجوز اشتراط التجربة أو المذاق ، في مدة معقولة ، لقبول المبيع أو رفضه . فان سكت المتبايعان عن تحديد المدة في العقد ، حملت على المدة المعتادة فإذا انقضت المدة ولم يعلن المشتري رفضه ، مع تمكنه من تجربة المبيع أو مذاقه ، اعتبر سكوتة قبولا . »

وتقابل المادتين ٥٢٤ و ٥٢٥ من التقنين العراقي ، وهما مطابقتان للمادتين ٤٢١ و ٤٢٢ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المواد ٤٧٠ - ٤٧٧ من التقنين الأردني . ونورد فيما يلي من هذه المواد نصوص المواد ٤٧٠ و ٤٧١ و ٤٧٧ .

والمادة ٤٧٠ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ - يجوز البيع بشرط التجربة مع الاتفاق على مدة معقولة ، فان سكت المتبايعان عن تحديدها في العقد حملت على المدة المعتادة . »

٢ - ويلتزم البائع بتمكين المشتري من التجربة . »

والمادة ٤٧١ تنص على ما يأتي :

« ١ - يجوز للمشتري في مدة التجربة اجازة البيع أو رفضه ولو لم يجرب المبيع ، ويشترط في حالة الرفض اعلام البائع . »

فالمادة ٤٦٨ تنص على ما يأتي :

١ - اذا كان البيع بالنموذج تكفى فيه رؤيته ، ووجب أن يكون المبيع مطابقا له . »

٢ - فاذا ظهر أنه غير مطابق له فان المشتري يكون مخيرا ان شاء قبله وان شاء رده . »

والمادة ٤٦٩ تنص على ما يأتي :

١ - اذا اختلف المتبايعان في مطابقة المبيع للنموذج وكان النموذج والمبيع موجودين ، فالرأي لأهل الخبرة . واذا فقد النموذج في يد أحد المتبايعين ، فالقول في المطابقة أو المغايرة للطرف الآخر ما لم يثبت خصمه العكس .

٢ - واذا كان النموذج في يد ثالث باتفاق الطرفين فقد كان المبيع معينا بالذات ومتفقا على أنه هو المعقود عليه ، فالقول للبائع في المطابقة ما لم يثبت المشتري العكس . وان كان المبيع معينا بالنوع أو معينا بالذات وغير متفق على أنه هو المعقود عليه فالقول للمشتري في المغايرة ما لم يثبت البائع العكس .

ويتضح من النصوص المذكورة ما يأتي :

(١) ان المادة المقترحة تتفق في حكمها مع التقنين المصري الحالي والتقنين الكويتي .

(٢) ان احكام التقنين العراقي والتقنين الاردني لا تختلف عن احكام التقنين المصري الحالي ولا عن احكام المادة المقترحة الا في الجزء الذي يترتب على عدم مطابقة المبيع للنموذج . فهذا الجزء في التقنين العراقي وفي التقنين الأردني الفسخ أو الأخذ بالثمن المسمى . أما في التقنين المصري الحالي وفي المادة المقترحة فالجزء الفسخ أو انقاص الثمن أو اجبار البائع على تقديم شيء مطابق للنموذج . »

(مادة ٣٨٦)

١ - في البيع بشرط التجربة أو المذاق يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه ، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة أو المذاق . فاذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها ، فان لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع ، فاذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع أو مذاقه اعتبر سكوتة قبولا . »

٢ - ويعتبر البيع بشرط التجربة أو المذاق معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع ، الا اذا تبين من الاتفاق أو العرف أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ . »

أساساً لتقدير الثمن ، كالبيع بسعر السوق أو بالسعر المتداول في التجارة أو الذي جرى عليه التعامل بين المتعاقدين ، فإن الملحوظ فيه أن تقدير الثمن ليس رهيناً بإرادة شخص معين .

انظر المادة ٢٢٨ من المجلة والمادة ٤١٦ من مرشد الحيران والمادة ٢٤ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل والمادة ١٧ من هذا المشروع على مذهب الإمام الشافعي والمادة ٣٢ من هذا المشروع على مذهب الإمام مالك .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٥٩ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي : « يجوز أن يقتصر في تحديد الثمن على بيان أسس صالحة لتقديره ، كما يجوز أن يفوض تحديده إلى طرف ثالث ، فإذا لم يحدده لأي سبب ، كان الثمن هو ثمن المثل » .

وتقابل الفقرة الأولى من المادة ٥٢٧ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « في البيع المطلق يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد . ويجوز أن يقتصر التقدير على بيان الأسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد » .

وتقابل المادة ٤٧٩ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « ويشترط أن يكون الثمن المسمى حين البيع معلوماً ، ويكون معلوماً :

- ١ - بمشاهدته والإشارة إليه إن كان حاضراً .
- ٢ - ببيان مقداره وجنسه ووصفه إن لم يكن حاضراً .
- ٣ - بأن يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتفي معها الجهالة حين التنفيذ » .

ويلاحظ أن التقنين العراقي والتقنين الأردني يأخذان في البيع بالمعنى الواسع الذي أخذ به الفقه الإسلامي ، وهو اعتبار البيع مبادلة مال بمال ، فأصبحت المقايضة فيهما نوعاً من أنواع البيع . أما البيع بثمن نقدي ، فهو ما يسميانه بالبيع المطلق (م ٥٢٧ / ١ عراقي وم ٤٨٣ أردني) .

(مادة ٣٨٨)

إذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب أن يكون الثمن سعر السوق في مكان وزمان البيع . فإذا لم يكن في مكان البيع سرق ، وجب الرجوع إلى سعر المدين في المكان الذي يتفق الطرفان بأن تكون أسعاره هي السارية .

هذه المادة تتضمن أحد الأسس التي تجعل الثمن قابلاً للتقدير وذلك حين يتفق المتعاقدان على أن يكون الثمن هو سعر السوق .

٢ - إذا انقضت مدة التجربة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً ولزم البيع .

والمادة ٤٧٧ تنص على ما يأتي : « تسري أحكام البيع بشرط التجربة على البيع بشرط مذاق ، إلا أن خيار التذوق لا يبرأ » .

وقد واجه الفقه الإسلامي كلا من بيع التجربة وبيع المذاق بالبيع مع خيار الشرط (م ٣٠٠ - ٣٠٩ من المجلة وم ٣٢٩ - ٣٢٨ من مرشد الحيران) . ذلك أن خيار الشرط أوسع من كل من بيع التجربة وبيع المذاق ، ومن ثم يكون هذان البيعان صورتين خاصيتين من صور خيار الشرط . ولذلك فإن التقنين العراقي ، حينما سار على نهج الفقه الإسلامي في هذا الصدد ، لم يقتصر على النصوص المتعلقة ببيع التجربة وبيع المذاق ، بل أورد إلى جانبها نصوصاً متعلقة بخيار الشرط (م ٥٠٩ - ٥١٣) . وفي الفقه الإسلامي أيضاً البيع على سوم الشراء (م ٢٩٨ من المجلة) والبيع على سوم النظر (م ٢٩٩ من المجلة) .

ولم يحدد الحنابلة مدة الخيار الشرط ، فيجوز عندهم لأية مدة معلومة وإن طال . وحدد المالكية المدة بحسب نوع البيع . وبهذين الرأيين أخذ المشروع . فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة حملت على المدة المعتادة . والمالكية يعتبرون البيع مع خيار الشرط بيعاً معلقاً على شرط واقف ، فلا يجيزون للمشتري أن ينتفع بالمبيع في مدة الخيار إلا بقدر ما يحصل به اعتبار حانه وتجربته فيما يراد له على الوجه المتعارف (م ٨٢ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك) . أما الحنفية فيعتبرون هذا البيع معلقاً على شرط فاسخ (م ٣٣٥ من مرشد الحيران) وقد أحاط المشروع في النص المقترح بهذين الرأيين .

(مادة ٣٨٧)

١ - يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يعين المشتريها فيما بعد .

٢ - وإذا ترك تقدير الثمن لا جنبى عن العقد ، فلا يتعقد العقد إلا إذا رضى المتعاقدان بهذا التقدير .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٤٢٣ من التقنين الحاني ، مع استبدال كلمة « يعين » بكلمة « يحدد » .

وحكم هذه الفقرة يخالف ما هو مجمع عليه في فقه القانون الوضعي وفقه القانون الغربي عامة . وقد روعي فيه أن ترك تقدير الثمن لاجنبى يجعله غير معلوم للعاقدين عند التعاقد ، وهو ما يرفضه الفقه الإسلامي ، نظراً لما ينطوي عليه من جهالة . وإذا كانت هناك أمور أخرى تصلح والفقرة الثانية من هذه المادة مستحدثة .

وتطابق المادة ٥٢٨ من التقنين العراقي ، فيما عدا الكلمتين اللتين تم استبدالهما في نص للتقنين المصري الحالي .
وتتفق مع الفقرة الأولى من المادة ٤٦٠ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي : « لا يترتب على عدم ذكر الثمن بطلان البيع اذا تبين من الاتفاق أو الظروف قصد المتعاقدين التعامل بالسعر المتداول بينهما ، أو بسعر السوق » .

(مادة ٣٩٠)

١ - يجوز البيع بطريق المراجعة أو التولية أو الاشراك أو الوضعية .

٢ - والمراجعة بيع يزداد فيه قدر معلوم من الربح الى الثمن الأصلي . والتولية بيع بمثل الثمن الأصلي دون زيادة أو نقص . والاشراك تولية بعض المبيع بما يقابله من الثمن الأصلي . والوضعية بيع ينقص فيه قدر معلوم من الثمن الأصلي .

٣ - ويجب في هذه البيوع أن يكون الثمن الأصلي معلوماً . ويعتبر تدليسا ادلاء البائع ببيان على خلاف الحقيقة ، أو كتمانها لأمر ينتقص من مقدار الثمن أو من قيمة المبيع ، اذا كان من شأن هذا أو ذاك أن يؤثر في رضا المشتري بالصفقة .

هذه المادة مستحدثة . وحكمها مستمد من الفقه الاسلامي . وهي تتضمن ، الى جانب الأسس السابقة التي تجعل الثمن في عقد البيع قابلاً للتقدير ، أساساً آخر هو الثمن الذي اشترى به البائع . حيث يطمئن المشتري الى امانة البائع فيشتري منه على أساس الثمن الذي اشترى به السلعة . فاذا بيعت السلعة على أن يزداد قدر معلوم من الربح الى الثمن الأصلي سمي البيع مراجعة . واذا بيعت على أن ينقص قدر معلوم من هذا الثمن سمي البيع وضعية . واذا بيعت بثمنها الأصلي سمي البيع تولية اذا أخذ المشتري كل السلعة ، وسمى اشراكا اذا أخذ المشتري جزءاً منها .

وهذه البيوع يقال لها في الفقه الاسلامي ببيعات الأمانة . ولا يقتصر واجب البائع فيها على بيان الثمن الأصلي الذي اشترى به ، بل يجب عليه ايضا أن يبين ما أخاط بالثمن من ملابسات وما اقترن به من أوصاف ، فضلا عن بيان حالة المبيع . فان صدر منه غش في بيان الثمن الأصلي ، بأن زاد فيه ، كان هذا منه تدليسا . ويحق للمشتري في هذه الحالة ، بدلا من أن يطلب ابطال المبيع ، أن يحط الزيادة . كما يستطيع البائع أن يتوقى دعوى الابطال اذا حط هذه الزيادة . وإن

وهي تقابل الفقرة الثانية من المادة ٤٢٣ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « اذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب ، عند البيع ، أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري . فاذا لم يكن في مكان التسليم سوق ، وجب الرجوع الى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره هي السارية » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٥٢٧ من التقنين العراقي التي تطابق الفقرة الثانية من نص المادة ٤٣٣ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٤٧٨ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « اذا اتفق المتبايعان على تحديد الثمن بسعر السوق ، فيعتبر سعر السوق في زمان ومكان البيع . وإن لم يكن في هذا المكان سوق اعير المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره سارية » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٤٦٠ / ٢ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي : « ويكون سعر السوق في زمان ومكانه هو المعتبر . فاذا لم يكن في مكان البيع سوق ، اعتبر المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره سارية . وذلك كله ما لم يتفق على غيره » .

ويواجه الفقه الاسلامي البيع بسعر السوق باعتباره من عقود الأمانة التي يقال لها ببيعات الأمانة ، وذلك بما يسميه بيع الاسترسال والاستئمان ، حيث يبين العاقد ان لاداية له بسعر السوق فيستأمن من التعامل معه ويسترسل الى نصحه ويطلب اليه ان يبيع منه أو يشتري بما يبيع الناس أو تشتري به ، فان كذب عليه المتعاقد معه في بيان سعر السوق فان هذا الكذب يعتبر غشاً وتدليسا يوجب للعاقد المغبون خيار الرد (الخطاب ج ٤ ص ٤٧٠ . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ١٧٥ وما بعدها) .

(مادة ٣٨٩)

اذا لم يعين المتعاقدان ثمنا للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد قصدا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما .

هذه المادة تطابق المادة ٤٢٤ من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة « يعين » بكلمة « يحدد » وكلمة « قصدا » بكلمة « نوي » .

وهي تتضمن أحد الأسس التي تجعل الثمن قابلاً للتقدير ، وذلك حين يتبين من ظروف التعاقد وملابساته أن ثمة اتفاق ضمنى بين المتبايعين على أن يكون الثمن هو السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما . فمثل هذا السعر يكون بهذه المثابة معلوماً للمتعاقدين .

وتقابل المادة ٤٨٠ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يجوز البيع بطريق المراجعة أو الوضعية أو التولية إذا كان رأس مال المبيع معلوما حين العقد وكان مقدار الربح في المراجعة ومقدار الخسارة في الوضعية محددا . »

٢- إذا ظهر أن البائع قد زاد في بيان مقدار رأس المال فللمشتري حط الزيادة .

٣ - وإذا لم يكن رأس مال المبيع معروفا عند التعاقد فللمشتري فسخ العقد عند معرفته ، وكذا يكون الحكم لو كتم البائع أمرا ذا تأثير في المبيع أو رأس المال . ويسقط خياره إذا هلك المبيع أو استهلك أو خرج من ملكه بعد تسلمه . »

وتقابل المادة ٤٦٢ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يجوز البيع تولية أو اشراكا أو مراجعة أو وضعية ، إذا كان الثمن الذي اشترى به البائع معلوما وقت العقد ، وكان مقدار الربح في المراجعة ومقدار الخسارة في الوضعية محددا . »

٢ - فإذا ثبت أن الثمن الذي اشترى به البائع أقل مما ذكره كان للمشتري أن يتمسك بالثمن الحقيقي .

٣ - ويعتبر تدليسا كتمان البائع ملابسات أحاطت بشرائه ، إذا كان من شأنها أن تؤثر في رضا المشتري . »

(مادة ٣٩١)

١ - إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية أو للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو لجهة الوقف ، وكان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .

٢ - ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع .

هذه المادة تقابل المادة ٤٢٥ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل . »

٢ - ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع . »

كتم البائع أمرا ذا تأثير في مقدار الثمن أو قيمة المبيع ، كان هذا أيضا منه تدليسا ، كما لو كتم عن المشتري أن الثمن الأصلي مؤجل أو أخفى عيبا في المبيع يقلل من قيمته .

وقد نصت المادة ٢/١٢١ من التقنين المدني العراقي في هذا المعنى على أنه « يعتبر تغريبا عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المراجعة والتولية والاشراك والوضعية . »

والمفروض في غش البائع أو كتمانه على النحو المذكور أن يكون ذا أثر في رضا المشتري بالنصفقة . إذ أن إرادة المتعاقدين يجب أن يعتد بها في هذا الصدد . فقد يتضح من العقد وظروفة أن المتبايعين قصدا أن يكون أساس التقدير هو الثمن الأصلي دون النظر إلى الظروف والملايسات التي تحيط بالثمن أو تقلل من قيمة المبيع ، وفي هذه الحالة يجب على المشتري أن يقبل المبيع بحالته التي اشتراه بها وأن يدفع الثمن الأصلي أو أكثر منه أو أقل بحسب الاتفاق .

(انظر في بياغات الأمانة : في الفقه الحنفي : المبسوط ج ١٣ ص ٧٨ - ٩١ . البدائع ج ٥ ص ٢٢٠ - ٢٢٨ . فتح القدير ص ٢٥٢ - ٢٦٢ . الزيلعي ج ٤ ص ٧٣ - ٨٩ .

وفي الفقه المالكي : الخطاب ج ٤ ص ٤٨٨ - ٤٩٥ . المدسوقي ج ٣ ص ١٦٠ - ١٧١ . الخرشي ج ٥ ص ١٧١ - ١٨٠ .

وفي الفقه الشافعي : مغنى المحتاج للشرييني ج ٢ ص ٧٦ - ٨٠ . نهاية المحتاج للرملي ج ٤ ص ١٠٤ - ١١٥ .

في الفقه الحنبلي : الشرح الكبير على متن المقنع ج ٤ ص ١٠٠ - ١٠٨ . المغني ج ٤ ص ٢٥٩ - ٢٩٤ .

عبد الرازق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٢ ص ١٦٦ - ١٧٤ ، الوسيط ج ٤ في البيع ص ٢٠٩) .

والمادة المقترحة تتفق في الحكم مع المادة ٥٣٠ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يجوز البيع مراجعة أو تولية أو اشراكا أو وضعية . »

٢ - والمراجعة بيع بمثل الثمن الأول الذي اشترى به البائع مع زيادة ربح معلوم والتولية بيع بمثل الثمن الأول دون زيادة أو نقص ، والاشترار تولية بعض المبيع ببعض الثمن . والوضعية بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان مقدار معلوم منه .

٣ - ويلزم في هذه البيوع أن يكون الثمن الأول معلوما تحرزا عن الخيانة والتهمة . »

ويتضح من هذه النصوص أن الجزاء المرتب على الغبن يختلف في التقنيات المذكورة . فهو في المادة المقترحة كما هو في التقنين المصري الحالي تكملة الثمن بما يزيل الغبن الفاحش ، وفي التقنين العراقي البطلان ، وفي التقنين الأردني الفسخ وهو ما يتفق مع الجزاء في الفقه الإسلامي . وفي التقنين الكويتي تعديل الالتزام بما يرفع الغبن الفاحش وهو مما يتفق مع الجزاء في التقنين المصري الحالي والمادة المقترحة .

(مادة ٣٩٢)

- ١ - لا تسمع دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا لم يرفعها البائع خلال ثلاث سنين .
- ٢ - ويبدأ سريان هذه المدة بالنسبة إلى من لا تتوفر فيه الأهلية من وقت توافر أهليته أو موته ، وبالنسبة إلى الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو جهة الوقف من وقت العقد .
- ٣ - ولا تلحق هذه الدعوى ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع .

هذه المادة تقابل المادة ٤٢٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع .

٢ - ولا تلحق هذه الدعوى ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع » .

وقد أضيف إلى هذه المادة من التقنين الحالي ما يواجه حالات الغبن المضافة في المادة المقترحة السابقة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٦٦ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « تسقط دعوى الغبن إذا لم ترفع خلال سنة ، تبدأ بالنسبة إلى الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ولجهة الوقف من وقت إبرام العقد ، وبالنسبة لمدى الأهلية ونقصها من تاريخ اكتمال الأهلية أو الموت ، وعلى أية حال تسقط الدعوى بمضي ١٥ سنة من وقت إبرام العقد .

(مادة ٣٩٣)

لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزايدة العلنية وفقاً لإجراءات رسمها القانون .

وقد رُوي في المادة المقترحة ألا يقتصر الحكم على حالة بيع عقار مملوك لشخص لا تتوفر فيه الأهلية ، فأضيفت إلى هذه الحالة حالات يكون العقار المبيع فيها مملوكاً للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو لجهة الوقف ، وذلك حفاظاً على الصالح العام .

والفقه الإسلامي لا يعتد بالغبن الفاحش إلا إذا أقرت به تغير (تدليس) (م ٣٥٧ من المجلة و م ٣٠٠ من مرشد الحيران) . ولكنه يعتد بهذا الغبن ولو لم يصحبه تغير ، في بيع أموال المحجورين المال والوقف ، حيث يعتبر العقد فاسداً ويجب فسخه (م ٣٥٦ من المجلة و م ٣٠٠ من مرشد الحيران) . وفي ضوء هذا الحكم من الفقه الإسلامي وضعت المادة المقترحة وإن كان هناك رأي في هذا الفقه يعتد بالغبن عامة في جميع التصرفات (انظر في الفقه الحنبلي م ٤٠٧ من مجلة الأحكام الشرعية) .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٢٤ من التقنين العراقي التي تنص على ما يلي :

« ١ - مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغير .

٢ - على أنه إذا كان الغبن فاحشاً ، وكان المغبون محجوراً أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف ، فإن العقد يكون باطلاً .

٣ - لا يجوز الطعن بالغبن في عقد تم بطريق المزايدة العلنية » .

وتقابل المادة ٢٤٩ من التقنين الأردني التي تنص على أنه : « لا يفسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تغير إلا في مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة » .

وتقابل المادتين ١٦٣ و ١٦٤ من التقنين الكويتي .

فالمادة ١٦٣ من التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا نتج عن العقد غبن فاحش للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ، أو لأحد عديمي الأهلية أو ناقصيها ، أو لجهة الوقف ، جاز للمغبول أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر ، أو التزامه هو بما يرفع عنه الفجش في الغبن .

٢ - ويعتبر الغبن فاحشاً إذا زاد عند إبرام العقد على الخمس .

٣ - ولا يجوز كون الطعن بالغبن أن يكون العقد قد أجرى عن المغبون ممن يتوب عنه وفقاً للقانون ، أو أدلت به المحكمة » .

والمادة ١٦٤ تنص على أنه « يجوز للمتعاقد مع المغبون أن يتوقى تعديل أثر العقد بطلب الفسخ ، وذلك ما لم يكن المغبون هو الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة » .

هذه المادة تقابل المادة ٤٢٧ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « لا يجوز الطعن بالغبس في بيع تم كسب القانون بطريق المزااد العلني » .

وقد اختلف الفقه في تفسير هذا النص . فذهب رأى الى أن المقصود فيه هو البيع الذي يحتم القانون أن يكون بالمزااد العلني ، كبيع عقار المدون ، لتنفيذ بالدين وبيع العقار لعدم إمكان قسمته عينا . بينما ذهب رأى آخر الى أن المقصود هو البيع الذي يتم بالمزااد وفقا لاجراءات رسمها القانون ، وبذلك يشمل الحالات التي يتحتم قانونا أن يكون البيع فيها بالمزااد العلني ، كما يشمل الحالات التي لا يتحتم فيها ذلك متى تم البيع بالمزااد وفقا للاجراءات التي رسمها القانون . ومثل هذه الحالات الأخيرة أن تآمر المحكمة ببيع عقار غير كامل الأهلية بالمزااد العلني . ويتبدل هذا البيع وفقا للاجراءات التي رسمها تقنين المرافعات في بيع عقار غير كامل الأهلية والغائب .

وقد رؤى ان يصاغ النص المقترح بوضوح طبقا لهذا الرأي الأخير . اذ أن البيع بالمزااد وفقا للاجراءات التي رسمها القانون ، سواء كان القانون يحتم ذلك أولا يحتم ، يكفي لتوفير الضمانات التي تكفل الحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار المبيع .

والسند الشرعي لحكم المادة المقترحة ما يراه بعض الفقهاء من عدم جواز الطعن بالغبس اطلاقا كالشافعية ، وما يراه البعض الآخر من عدم جواز هذا الطعن الا للجاهل بالثمن أو الوصي والوكيل كالمالكية (م ١٠٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك) .

٢ - آثار البيع .

التزامات البائع .

(مادة ٣٩٤)

يلتزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري لانتقال الحق المبيع الى المشتري ، وبأن يمتنع عن أى عمل من شأنه ان يجعل انتقال الحق مستحيلا أو عسيرا .

هذه المادة تطابق المادة ٤٢٨ من التقنين الحالي ، مع استبدال كلمة « لانتقال » بكلمة « لنقل » ، وكلمة « يمتنع » بكلمة « يكف » ، وكلمة « انتقال » بكلمة « نقل » .

وتطابق المادة ٥٣٥ من التقنين العراقي ، فيما عدا استعمال لفظ « يمتنع » بدلا من لفظ « يكف » .

وتقابل المادة ٤٨٨ من التقنين الأردني التي تنص على أن « يلتزم البائع بتسليم المبيع الى المشتري مجردا من كل حق آخر وان يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية اليه » .

وتقابل المادتين ٤٦٦ و ٤٦٧ من التقنين الكويتي :

فالمادة ٤٦٦ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا لم يكن من مقتضى البيع أن ينقل الملكية فور ابرامه ، وجب على البائع أن يقوم بكل ما هو ضروري من جانبه لانتقالها ، وان يمتنع من أى عمل من شأنه أن يجعل هذا الانتقال مستحيلا أو عسيرا » .

والمادة ٤٦٧ تنص على أن « يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع وبأن يسلمه الوثائق والمستندات المتعلقة به » .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالي يتضمن نصا (م ٥٧٣ من المشروع) يقضى بأن « يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وان يقدم له الاوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء » . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة لانها مستفادة من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٥ فى الهامش) .

انظر المذكرة الايضاحية لنص التقنين الحالي فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٢ و ٤٣ .

وحكم المادة المقترحة تطبيق للأصل الشرعى الذى يوجب الوفاء بالعقود ، الأمر الذى يقتضى تمكين المشتري من الحصول على مقصود العقد وثمونه .

(مادة ٣٩٥)

اذا كان البيع جزافا ، انتقلت الملكية الى المشتري على النحو الذى تنتقل به فى الشيء المعين بالذات . ويكون البيع جزافا ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع .

هذه المادة تطابق المادة ٤٢٩ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٨٦ من التقنين الأردني .

وتقابل المادة ٥٣١ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « اذا كان البيع عينا معينه بالذات أو كان قد بيع جزافا ، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع » . وأما اذا كان المبيع لم يعين الا بنوعه فلا تنتقل الملكية الا بالافراز » .

ولم تكن هناك حاجة الى ان يذكر فى النص المقترح الحالات الأخرى الواردة فى نص التقنين العراقي ، لأن النص المقترح يحيل على انتقال الملكية فى « الشيء المعين بالذات » ، وهو ما تناولته المادة ٢١٩ من المشروع حيث تقول « العقد الذى بمقتضاه تكسب ملكية شيء أو حق عيني آخر يخول من تلقاء ذاته هذا الحق » ، اذا كان المعقود عليه شيئا معينا بالذات وكان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه ، وذلك دون اخلال بالواعد المتعلقة بالتسجيل فى قانون تنظيم الشهر العقارى أو القواعد المتعلقة بالقيد فى قانون السجل العيني بحسب الأحوال » .

أما انتقال الحق فى الشيء المعين بالنوع فقد تناولته المادة ٢٢٠ من المشروع .

٤ - وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة حتى لو سمي المتعاقدان البيع ايجاراً .

وتقابل المادة ٤٨٧ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يجوز للبائع اذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً أن يشترط تعليق نقل الملكية الى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع . »

٢ - واذا تم استيفاء الثمن ، تعتبر ملكية المشتري مستندة الى وقت البيع . »

وتقابل المادة ٤٦٤ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً جاز الاتفاق على الانتقال للملكية الى المشتري الا بعد الوفاء بالثمن كله أو بعضه ولو تم تسليم المبيع . »

٢ - فاذا تم الوفاء بالثمن ، اعتبرت ملكية المشتري مستندة الى وقت البيع ، ما لم يتفق على غير ذلك . »

(انظر المذكرة الايضاحية لنص التقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٩ - ٥١) .

والجوهرى في هذا الصدد من الناحية الشرعية هو جواز اشتراط تعليق انتقال الملكية الى المشتري على الوفاء بالثمن كله . وهو صحيح شرعاً باعتبار شرط متعارفاً أى شرطاً مرعياً في العرف . وقد نصت المادة ٣٣١ من مرشد الحيران على أنه « اذا اشترط المتبايعان في عقد البيع أن يشتري اذا لم يؤد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ، صح البيع والشرط . فان أدى المشتري الثمن في المدة المعينة لزم البيع ، وان لم يؤديه في المدة المعينة أو مات في أثناءها قبل أداء الثمن ففسد البيع » .

وقد استأنس المشروع برأى الحنابلة في جواز شرط الخيار لأى مدة . وقد سبقت الإشارة الى ذلك .
(راجع القواعد لابن رجب ص ٢٨٨ القاعدة ١١٨) .

أما شرط استبقاء البائع جزءاً من الأقساط مع إعطاء القاضى حق النظر في هذا التعويض فهو شرط يجرى عليه العرف كشرط حلول جميع الأقساط عند عدم وفاء قسط منها الذي قال به الحنفية .
(انظر م ٣٢٦ من مرشد الحيران) . وشرط التعويض هذا يعتبر تطبيقاً للقاعدة العامة في الضمان بالتسبب .

(مادة ٣٩٧)

يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع .

وقد كان النص المقابل للمادة ٤٢٩ من التقنين الحالي في المشروع التمهيدي (م ٥٦٩) يتضمن فقرة أولى تناول انتقال الملكية في الشيء المعين بالذات وانتقالها في الشيء المعين بالنوع ، ولكن حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من القواعد العامة التي وردت في المادتين ٢٠٤ ، ٢٠٥ من التقنين الحالي (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٤ - ٤٦) .

وفي الفقه الاسلامي ينتقل الملك بمجرد العقد في البيع الجزاف ، كما هو الشأن في بيع الشيء المعين بالذات ، وهو حكم المادة المقترحة (انظر المذكرة الايضاحية للمادة ٢١٩ من المشروع والمادة ٣٧٤ من المجلة) .

(مادة ٣٩٦)

١ - اذا كان البيع مؤجلاً الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع .

٢ - فاذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع اذا لم توفى جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضى تبعاً للظروف أن يخفف التعويض المتفق عليه وفقاً لأحكام التعويض الاتفاقي .

٣ - واذا وفيت الأقساط جميعاً ، فإن انتقال الملكية الى المشتري يعتبر مستنداً الى وقت البيع .

٤ - وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع ايجاراً .

هذه المادة تطابق المادة ٤٣٠ من التقنين الحالي مع استبدال عبارة « وفقاً لأحكام التعويض الاتفاقي » الواردة في الفقرة الثانية بعبارة « وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ » .

وتتفق في أحكامها مع المادة ٥٣٤ من التقنين العراقي التي جاءت متفقة مع النص الوارد في المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي حيث تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا كان البيع مؤجلاً الثمن ، جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية الى أن يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع . »

٢ - فاذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع اذا لم تسدد جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعاً للظروف أن تخفف التعويض المتفق عليه وفقاً لأحكام التعويضات الاتفاقية .

٣ - واذا سددت الأقساط جميعاً انتقلت ملكية المبيع الى المشتري من وقت البيع ، الا اذا وجد اتفاق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٤٣١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٨٩ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٤٦٧ من التقنين الكويتي .

انظر في الفقه الاسلامي : ١٨م من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل التي تنص على أنه « اذا وجد المشتري المبيع على غير ما رآه أو وصف له فله الفسخ على التراض ولا يسقط خياره ما لم يوجد منه ما يدل على رضاه » .

(مادة ٣٩٨)

يشمل التسليم ملحقات البيع ، وبوجه خاص كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله ، وذلك وفقا لتقصد المتعاقدين وعرف الجهة وما تقضى به طبيعة الأشياء .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٤٣٢ من التقنين الحالي التي تنص على أن « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وتقصد المتعاقدين » .

وقد عدلت صياغة هذا النص على نحو يتضح منه أن ما أعد بصفة دائمة لاستعمال المبيع يعتبر بوجه خاص من ملحقاته ، كما روعيت فيه الأولوية الواجبة لما يرجع اليه في تحديد ملحقات المبيع . إذ القاعدة أن أول ما يرجع اليه في هذا التحديد هو الاتفاق . فإذا وجد اتفاق على اعتبار شيء من الملحقات أو عدم اعتباره كذلك ، وجب الأخذ بما قصد اليه المتعاقدان في هذا الاتفاق . وإذا لم يوجد اتفاق ، وجب الأخذ بما يقضى به العرف . وإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف ، وجب اتباع ما تقضى به طبيعة الأشياء .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع ما جاء في الماتين ٥٣٦ و ٥٣٧ من التقنين العراقي :

فالمادة ٥٣٦ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : « على البائع أن يسلم المبيع وتوابعه الى المشتري عند نقده الثمن . . . » .

والمادة ٥٣٧ تنص على ما يأتي :

« يدخل في البيع من غير ذكر :

(أ) ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظرا الى الغرض من الشراء ، فإذا بيعت بقرة حلوب لأجل اللبن دخل تباعها (الرضيع) .

(ب) توابع المبيع المتصلة المستقرة ، فإذا بيعت دار دخل البستان الواقع في حدودها والطرق الخاصة الموصلة الى الطريق العام وحقوق الارتفاق التي للدار ، وإذا بيعت عرصة دخلت الأشجار المغروسة على سبيل الاستقرار .

(ج) كل ما يجري العرف على أنه من مشتعلات المبيع . »

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة ٤٩٠ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « يشمل التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار وما أعد لاستعماله بصفة دائمة وكل ما يجري العرف على أنه من توابع المبيع ولو لم تذكر في العقد » .

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة ٤٥٥ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي : « يشمل البيع كل ما كان من ملحقات المبيع وتوابعه ، وذلك وفقا لطبيعة المعاملة وعرف الجهة وتقصد المتعاقدين » .

(انظر المادة ٥٧٢ من المشروع التمهيدى للتقنين المصري الحالي ، وهي المقابلة للمادة ٤٣٢ من هذا التقنين ، ومذكرتها الايضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٤ - ٥٧) .

وتتفق في حكمها مع أحكام الفقه الاسلامي في هذا الصدد :

انظر في ذلك المواد ٢٣٠ - ٢٣٣ من المجلة والمواد ٤٦٩ - ٤٧٧ من مرشد الحيران .

(مادة ٣٩٩)

إذا عين في العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسئولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ، والم يتفق على غير ذلك . على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع ، الا اذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد .

هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ من التقنين الحالي وتطابق المادة ٤٦٩ من التقنين الكويتي .

وتقابل المواد ٥٤٣ و ٥٤٤ و ٥٤٥ و ٥٤٦ من التقنين العراقي .

فالمادة ٥٤٣ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : « اذا بيعت جملة من الكميات أو جملة من الموزونات أو الموزوعات التي ليس في تباعها ضرر أو من العديديات المتقاربة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها جملة أو بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً ، كان المشتري مخيراً ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن . وإذا ظهر المبيع زائداً فأنزلة للبائع » .

والمادة ٥٤٤ تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا بيعت جملة من الموزونات أو الموزوعات التي في تباعها ضرر ، أو من العديديات المتقاربة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها جملة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً ، فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بكل الثمن ، الا اذا اتفق مع البائع وقت التعاقد على أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن . »

هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٤٣٣ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « اما اذا تبين ان القدر الذي يشتل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد وكان الثمن مقدرا بحساب الوحدة ، وجب على المشتري اذا كان المبيع غير قابل للتبعض ، ان يكمل الثمن ، الا اذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له ان يطلب فسخ العقد . وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه » .

وهذا النص لا يتناول الا فرضا واحدا من الفروض التي يمكن ان تعرض في حالة زيادة المبيع على ما ذكر في العقد ، وهو ان يكون الثمن مقدرا بحساب الوحدة ويكون المبيع غير قابل للتبعض . ولذلك روى في النص المقترح ان تضاف حالتان اخريان يمكن ان تعرضا في حالة زيادة المبيع ، وهما حالة ما اذا كان الثمن مقدرا بحساب الوحدة ويكون المبيع قابلا للتبعض ، وحالة ما اذا كان الثمن مقدرا جملة واحدة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٧٠ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا تبين ان قدر المبيع يزيد على ما حدد في العقد ، وكان الثمن مقدرا بالوحدة ، فان كان المبيع قابلا للتبعض كانت الزيادة للبائع مالم ير المشتري أخذها بما يقابلها من الثمن . وان كان المبيع غير قابل للتبعض ، وجب على المشتري ان يدفع ثمن الزيادة ، ما لم تكن جسيمة فيجوز له ان يطلب فسخ العقد » .

٢ - فاذا كان الثمن مقدرا جملة واحدة ، تكون الزيادة للمشتري مالم تكن من الجسامه بحيث لو كان يعلمها البائع لما اتم العقد . وفي هذه الحالة يكون المشتري بالخيار بين زيادة الثمن بما يتناسب مع الزيادة في المبيع وبين فسخ البيع » .

٣ - وكل ذلك مالم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغيره » .

وتقابل المواد ٥٤٣ و ٥٤٤ و ٥٤٥ و ٥٤٦ / ١ من التقنين العراقي ، وقد تقدم ذكرها تحت المادة السابقة .
وتقابل المادة ٤٩٥ من التقنين الأردني ، وقد تقدم ذكرها تحت المادة السابقة .

انظر في الفقه الاسلامي المواد ٢٢٠ - ٢٢٩ من المجلة والمواد ٤٤٨ - ٤٥٣ من مرشد الحيران .

(مادة ٤٠١)

اذا وجد في المبيع عجز أو زيادة ، فلا تسمع دعوى المشتري بانقاص الثمن أو فسخ العقد ، ولا دعوى البائع برد الزيادة أو تكملة الثمن ، اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا .

٢ - واذا وجد المبيع زائدا ، فالزيادة للمشتري ، على انه يجوز الاتفاق وقت التعاقد على ان يعطى البائع عوضا في مقابل الزيادة » .

والمادة ٥٤٥ تنص على ما يأتي : « اذا بيعت جملة من المؤثرات أو المزروعات التي في تبعضها ضرر أو من العديديات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع زائدا أو ناقصا عند التسليم ، فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بعرضه الثمن » .

والمادة ١/٥٤٦ تنص على ما يأتي : « في الأحوال المنصوص عليها في المواد الثلاث السابقة ، لا يكون للمشتري الحق في الفسخ ، ولا يكون للبائع حق فيما يظهر من زيادة في المبيع ، الا اذا كان النقص أو الزيادة قد جاوز خمسة في المائة من القدر المحدد للشيء المبيع » .

وتقابل المادة ٤٩٢ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :
« اذا عين في العقد مقدار المبيع وظهر فيه نقص أو زيادة ولم يوجد اتفاق أو عرف بهذا الشأن وجب اتباع القواعد التالية :

١ - اذا كان المبيع لا يضره التبعض فالزيادة من حق البائع يستحق استردادها عينا والنقص من حسابه سواء اكان الثمن محددا لكل وحدة قياسية أم لمجموع المبيع » .

٢ - اذا كان المبيع يضره التبعض وكان الثمن محدد على أساس الوحدة القياسية فالزيادة من حق البائع يستحق ثمنها والنقص من حسابه » .

٣ - اذا كان المبيع مما يضره التبعض وكان الثمن المسمى لمجموعه فالزيادة للمشتري والنقص لا يقابله شيء من الثمن » .

٤ - كلما كانت الزيادة أو النقص تلزم المشتري أكثر مما اشترى أو تفرق عليه الصفقة كان له الخيار في فسخ البيع ما لم يكن المقدار نافعا ولا يخل بالنقص في مقصود المشتري » .

٥ - اذا تسلم المشتري المبيع مع علمه بأنه ناقص سقط حقه في خيار الفسخ المشار اليه في الفقرة السابقة » .

انظر في الفقه الاسلامي المواد ٢٢٠ - ٢٢٩ من المجلة والمواد ٤٤٨ - ٤٥٣ من مرشد الحيران .

(مادة ٤٠٠)

اذا تبين ان مقدار المبيع يزيد على ما ذكر في العقد ، وكان الثمن مقدرا بحساب الوحدة ، فان كان المبيع قابلا للتبعض كانت الزيادة للبائع ، وان كان المبيع غير قابل للتبعض وجب على المشتري ان يكمل الثمن ، الا اذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له ان يطلب فسخ العقد .
واذا كان الثمن مقدرا جملة واحدة ، كانت الزيادة للمشتري . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه .

هذه المادة تطابق المادة ٤٣٥ من التقنين الحالي مع استبدال لفظ « حائل » بلفظ « عائق » ، واستبدال لفظ « المبيع » بعبارة « الشيء المبيع » ، في الفقرة الأولى .

وتطابق المادتين ٤٧٢ و ٤٧٣ من التقنين الكويتي مع اختلاف لفظي بسيط .

وتتفق في أحكامها مع أحكام المواد ٥٣٨ و ٥٣٩ و ٥٤٠ من التقنين العراقي :

فالمادة ٥٣٨ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ - تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل .

٢ - وإذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت ، يعتبر اذا من البائع له في القبض » .

والمادة ٥٣٩ تنص على أنه « اذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشترائها من المالك ، فلا حاجة الى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو يد امانة » .

والمادة ٥٤٠ تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا أجر المشتري المبيع قبل قبضه الى بائعه أو باعه منه أو وهبه اياه أو رهنه له أو تصرف له فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض ، اعتبر المشتري قابضاً للمبيع » .

٢ - وإذا أجره قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض وقبضه العاقد ، قام هذا القبض مقام قبض المشتري » .

وتقابل المواد ٤٩٤ و ٤٩٥ و ٤٩٦ و ٤٩٧ و ٤٩٨ من التقنين الأردني :

فالمادة ٤٩٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ - يتم تسليم المبيع أما بالفعل أو بأن يخلى البائع بين المبيع والمشتري مع الإذن له بقبضه وعدم وجود مانع يحول دون حيازته » .

٢ - ويكون التسليم في كل شيء حسب طبيعته ويختلف باختلاف حاله .

والمادة ٤٩٥ تنص على أنه « اذا كان المبيع في حوزة المشتري قبل البيع بأية صفة أو سبب تعتبر هذه الحيازة تسليماً ما لم يتفق على خلاف ذلك » .

والمادة ٤٩٦ تنص على أنه « اذا اتفق المتبايعان على اعتبار المشتري متسلماً للمبيع في حالة معينة أو اذا أوجبت النصوص التشريعية اعتبار بعض الحالات تسليماً اعتبر التسليم قد تم حكماً » .

هذه المادة تقابل المادة ٤٣٤ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « اذا وجد في المبيع عجز أو زيادة ، فإن حق المشتري في طلب انقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد ، وحق البائع في طلب تكملة الثمن ، يسقط كل منهما بالتقادم اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً » .

وقد ادخل على هذا النص التعديلات الآتية :

(١) الأخذ في النص المقترح بمبدأ عدم سماع الدعوى الذي يقول به الفقه الاسلامي ، وفقاً للخطة التي سار عليها المشروع ، بدلاً من مبدأ سقوط الحق أو انقضائه بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي .

(٢) الإشارة الى دعوى البائع برد الزيادة الى جانب الدعوى الأخرى لمواجهة إحدى الحالتين اللتين اضيفتا الى النص السابق وفقاً لما ذكر فيما تقدم في خصوص هذا النص .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٤٦ / ٢ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « وعلى كل حال لا تسمع دعوى المشتري أو البائع بمقتضى المواد الثلاث السابقة بعد انقضاء ثلاثة أشهر من وقت تسليم المبيع للمشتري تسليماً فعلياً » .

وتقابل المادة ٤٩٣ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « لا تسمع الدعوى بفسخ العقد أو انقاص الثمن أو تكملة اذا انقضت سنة على تسليم المبيع » .

وتقابل المادة ٤٧١ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « تسقط الدعوى بفسخ العقد أو انقاص الثمن أو تكملة أو رد الزيادة بسبب العجز أو الزيادة في المبيع اذا انقضت سنة واحدة من وقت التسليم » .

(انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة للنص التقنيني الحالي في المشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٤ و ٦٥) . وتستند المادة المقترحة في الفقه الاسلامي الى قاعدة تخصيص القضاء رعاية لمصلحة المتخاصمين .

(مادة ٤٠٢)

١ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون حائل ، ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، مادام البائع قد أعلمه بذلك . ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة المبيع .

٢ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين اذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية .

(مادة ٤٠٤)

إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه ،
انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن الذي آداه ، الا اذا كان الهلاك
بعد اعذار المشتري لتسلم المبيع .

هذه المادة تقابل المادة ٤٣٧ من التقنين الحالي التي تنص على
أنه « إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ
البيع واسترد المشتري الثمن » الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشتري
لتسلم المبيع .

وقد عدل هذا النص على النحو الوارد في المادة المقترحة بحيث
يكون الهلاك لسبب لا يد للبائع ولا للمشتري فيه ، لأن هذا هو
المقصود بالحكم المنصوص عليه . فاذا كان الهلاك بفعل البائع ، كان
هو المسئول عن الهلاك فيرد الثمن الى المشتري ، كما يكون مسئولاً
عن تعويض المشتري عما أصابه من الضرر . واذا كان الهلاك بفعل
المشتري ، كان هو المسئول عن الهلاك ووجب عليه دفع الثمن الى
البائع . وهذا مجرد تطبيق للقواعد العامة ، ولا حاجة فيه الى نص
خاص . وقد كان هذا النص موجوداً في المشروع التمهيدي للتقنين
الحالي (م ٥٨٣) ، ولكنه حذف لأنه مستفاد من القواعد العامة
(مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٧٧ و ٧٨ في الهامش .

ولهذا روى عدم إيراد مثل هذا النص الخاص ، على خلاف ما جرت
عليه بعض التقنينات العربية الأخرى ، مادام أنه مجرد تطبيق للقواعد
العامة .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع أحكام الفقه الاسلامي ، وهي تجعل
الهلاك على البائع قبل التسليم . فيد البائع على المبيع قبل القبض يد
ضمان لا يد أمانة . انظر في هذا المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة
في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٥٨١ - ٥٨٣) . وانظر
م ٢٩٣ و ٢٩٤ من المجلة و م ٤٦٠ - ٤٦٢ من مرشد الحيران و م ٢٥١
من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل التي تنص
على أن « ما كان من ضمان البائع اذا عرضه على المشتري فامتنع عن
قبضه لغير مانع صار في ضمان المشتري »

والمادة المقترحة تقابل المواد ٤٧٨ و ٤٧٩ و ٤٨٠ من التقنين
الكويتي .

فالمادة ٤٧٨ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا هلك المبيع قبل
تسليمه لسبب اجنبي لا يد لأحد العاقدین فيه ، انفسخ البيع واسترد
المشتري ما آداه من الثمن ، وذلك ما لم يكن الهلاك بعد اعذار المشتري
لتسلم المبيع »

والمادة ٤٧٩ تنص على أنه « اذا هلك المبيع في جزء منه أو لحقه
التلف قبل التسليم لسبب اجنبي لا يد لأحد العاقدین فيه ، كان للمشتري
الحق في انقاص الثمن بقدر ما نقص من قيمة المبيع . فاذا كان الهلاك
أو التلف جسيماً بحيث أو كان موجوداً عند البيع لما أبرمه ، كان له
فسخ البيع . وذلك كله اذا كان الهلاك أو التلف حاصلًا قبل اعذار
المشتري لتسلم المبيع » .

والمادة ٤٩٧ تنص على أن « يتم التسليم حكماً بتسجيل المبيع باسم
المشتري عندما تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية على التسجيل
الرسمي » .

والمادة ٤٩٨ تنص على ما يأتي :

« يعتبر التسليم حكماً أيضاً :

١ - اذا ابقى البائع المبيع تحت يده على طلب المشتري .

٢ - اذا انذر البائع المشتري بدفع الثمن وتسليم المبيع خلال مدة
معقولة والا اعتبر متسلماً فلم يفعل » .

انظر النص المقابل لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي (م
٥٧٦) ومذكرته الايضاحية ومناقشة اللجان له في مجموعة الأعمال
التحضيرية ج ٤ ص ٦٧ - ٧٠ .

وانظر في الفقه الاسلامي المواد ٢٦٢ - ٢٧٧ من المجلة والمواد ٤٣٤ -
٤٤٣ من مرشد الحيران .

(مادة ٤٠٣)

اذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، فلا يتم التسليم الا اذا وصل
اليه ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٤٣٦ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٤٩٩ / ٢ من التقنين الأردني التي تنص
على أنه « اذا تضمن انعقد أو اقتضى العرف ارسال المبيع الى المشتري فلا
يتم التسليم الا اذا جرى ايصاله اليه ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٤٧٦ من التقنين الكويتي التي تنص
على أنه « اذا التزم البائع بارسال المبيع الى مكان معين ، فلا يتم
التسليم الا بوصوله فيه ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل لنص التقنين الحالي في
المشروع التمهيدي (م ٥٧٧) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤
ص ٧١ و ٧٢ .

وانظر في الفقه الاسلامي م ٢٨٧ و ٢٩٣ من المجلة و م ٤٤٦ من
مرشد الحيران و م ٣٤١ و ٣٤٢ من مجلة الأحكام الشرعية على المذهب
الحنبلي .

والمادة ٤٨٠ تنص على ما يأتي :

١ - إذا هلك المبيع أو تلف بفعل المشتري بقي ملتزماً بالثمن كاملاً .

٢ - فإذا كان الهلاك أو التلف لسبب يرجع إلى البائع ، كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع أو انقاص الثمن بقدر نقص القيمة ، وذلك دون إخلال بحقه في التعويض إن كان له مقتضى .

وتقابل المواد ٥٠٠ و ٥٠١ و ٥٠٢ من التقنين الأردني

فالمادة ٥٠٠ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتابعين فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري ما آداه من الثمن .

٢ - فإذا تلف بعض المبيع يخير المشتري أن شاء فسخ العقد أو أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن .

والمادة ٥٠١ تنص على ما يأتي :

١ - إذا هلك المبيع قبل التسليم أو تلف بعضه بفعل المشتري اعتبر قابضاً للمبيع ولزمه أداء الثمن .

٢ - إذا كان للبائع حق الخيار في هذه الحالة واختار الفسخ ضمن له المشتري مثل المبيع أو قيمته وتملك ما بقي منه .

والمادة ٥٠٢ تنص على ما يأتي :

١ - إذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل شخص آخر كان للمشتري الخيار أن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازه وله حق الرجوع على المتلف بضمان مثل المبيع أو قيمته .

٢ - وإذا وقع الاتفاق على بعض المبيع كان للمشتري الخيار بين الأمور التالية :

(أ) فسخ البيع .

(ب) أخذ الباقي بحصته من الثمن وينفسخ البيع فيما تلف .

(ج) امضاء العقد في المبيع كله بالثمن المسمى والرجوع على المتلف بضمان ما ألتف .

وتقابل المادتين ٥٤٧ و ٥٤٨ من التقنين العراقي :

فالمادة ٥٤٧ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري ، إلا إذا حدث الهلاك بعد اعداد المشتري لتسلم المبيع . وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقاءه مع انقاص الثمن .

٢ - على أنه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع ، وجب دفع الثمن كاملاً في الحالة الأولى والزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية .

والمادة ٥٤٨ تنص على ما يأتي :

١ - ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية الثمن إذا هلك أو ضاع في يد القابض ، لزمه الضمان . أما إذا لم يسم له ثمن كان أمانة في يده ، فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه .

٢ - وما يقبض على سوم النظر ، سواء بين ثمنه أو لم يبين ، يكون أمانة في يد القابض ، فلا يضمن إذا هلك دون تعد .

وواضح من هذه النصوص ، سواء في التقنين الكويتي أو التقنين الأردني أو التقنين العراقي ، أن أحكامها تتفق مع أحكام المادة المقترحة وأما يكملها من القواعد العامة وفقاً لما تقدم بيانه . وذلك فيما عدا أن التقنين العراقي يزيد على ذلك فيبين من يتحمل تبعه الهلاك في القبض على سوم الشراء والقبض على سوم النظر مستمداً ذلك من أحكام الفقه الاسلامي .

وفي الفقه الاسلامي يد القابض على سوم الشراء ، إذا سمي الثمن ، يد ضمان . وإذا لم يسم الثمن في سوم الشراء ، وسواء سمي أولم يسم في سوم النظر ، فإن يد القابض تكون يد أمانة فيهلك الشيء على المالك لأعلى القابض (م ٢٩٨ و ٢٩٩ من المجلة وم ٥٤٨ مدني عراقي) .

(مادة ٤٠٥)

إذا هلك بعض المبيع أو أصابه تلف قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتابعين فيه ، جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص في قيمة المبيع جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لمسا تم البيع . وأما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن بقدر ما نقص من قيمة المبيع ، وهذا ما لم يكن الهلاك أو التلف قد حصل بعد اعداد المشتري لتسلم المبيع .

هذه المادة تقابل المادة ٤٣٨ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : «إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لمسا تم البيع ، وأما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن .»

والحكم الذي يتضمنه نص التقنين الحالي هو الحكم ذاته في المادة المقترحة بحسب ما يستخلص من سياق النصوص في هذا التقنين . فما أضيف في المادة المقترحة إنما يرجع إلى الرغبة في الايضاح .

وهنا أيضاً ، على غرار ما تقدم ذكره تحت المادة السابقة ، رؤى عدم إيراد نص خاص يتناول حكم الهلاك الجزئي أو التلف الذي يرجع إلى فعل البائع أو إلى فعل المشتري ، على خلاف ما جرت عليه بعض التقنينات العربية الأخرى ، مادام أن مثل هذا النص لن يكون سوى مجرد تطبيق للقواعد العامة .

٣ - تعديل عبارة « ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع » الى « ولو ادعى الأجنبي حقا نشأ بعد البيع » . وذلك أيضا توخيا للدقة في التعبير ، اذا أن التعرض يتحقق فعلا بمجرد الادعاء ولو لم يكن المتعرض محقا في ادعائه .

٤ - تعديل عبارة « اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه » الى « اذا كان هذا الحق قد آل اليه نتيجة لفعل البائع » ، لأن المقصود من النص هو أن يكون الحق قد آل الى الغير نتيجة لفعل البائع ، وهذا يشمل ما اذا كان الأجنبي قد استمد حقه من البائع ، كما يشمل ما اذا كان الحق قد آل الى الأجنبي نتيجة لفعل البائع ولو لم يكن الحق مستمدا من البائع نفسه .

(انظر المادة المقابلة لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي (م ٥٨٤) ومذكرتها الايضاحية والتعديل الذي ادخل عليها في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٨٠ - ٨٣) .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٥٤٩ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي يدعى أن له حقا على المبيع وقت البيع يحتج به على المشتري . »

٢ - ويثبت ضمان التعرض ، ولو لم ينص عليه في العقد . »

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٠٣ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يضمن البائع سلامة المبيع من أي حق للغير يعترض المشتري اذا كان سبب الاستحقاق سابقا على عقد البيع . »

٢ - ويضمن البائع أيضا اذا استند الاستحقاق الى سبب حادث بعد البيع ناشئ عن فعله . »

وتتفق في حكمها مع المادتين ٤٨١ و ٤٨٢ من التقنين الكويتي :

فالمادة ٤٨١ من هذا التقنين تنص على أن « يلتزم البائع بعدم التعرض للمشتري في المبيع كله أو بعضه ولو اتفق على غير ذلك » .

والمادة ٤٨٢ تنص على أن « يضمن البائع التعرض للمشتري في المبيع كله أو بعضه من أي شخص يدعى حقا على المبيع يحتج به على المشتري ، كما يكون ملزما بالضمان ولو ادعى المتعرض حقا نشأ بعد البيع اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع أو كان نتيجة لفعله » .

أنظر في الفقه الاسلامي : مرشد الحيران م ٤٢٨ / ٣ و ٤٩١ و ٤٩٣ ، ٤٩٥ و ٥٠٢ و ٥٠٥ و ٥٠٦ و ٥٠٩ و ٥١١ .

المجلة م ٦٦٦ .

مشروع تقنين الشريعة الاسلامية :

على مذهب الامام مالك باشراف مجمع البحوث الاسلامية م ٧٢ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع احكام الفقه الاسلامي . انظر في هذا : ابن عابدين ج ٤ ص ٤٧ و ٤٨ . وكذلك المادة ٣٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة باشراف مجمع البحوث الاسلامية ، ومذكرتها الايضاحية ، والمادتين ٦٩ و ٧٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع ما جاء في المادة ٥٤٧ / ١ من التقنين العراقي ، حيث جاء فيها : « . . . واذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقاءه مع انقاص الثمن » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٠٠ / ٢ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « فاذا تلف بعض المبيع يخير المشتري أن شاء فسخ البيع أو أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٤٧٩ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « اذا هلك المبيع في جزء منه أو لحقه التلف قبل التسليم لسبب أجنبي لا يد لأحد العاقدين فيه ، كان للمشتري الحق في انقاص الثمن بقدر ما نقص من قيمة المبيع . فاذا كان الهلاك أو التلف جسيما بحيث لو كان موجودا عند البيع لما أرمه ، كان له فسخ البيع . وذلك كله اذا كان الهلاك أو التلف خاصا قبل اعداد المشتري لتسلم المبيع » .

(مادة ٤٠٦)

يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي يدعى أن له حقا متعلقا بالمبيع وقت البيع يحتج به على المشتري . ويكون البائع ملزما بالضمان أيضا ، ولو ادعى الأجنبي حقا نشأ بعد البيع ، اذا كان هذا الحق قد آل اليه نتيجة لفعل البائع .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٤٣٩ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري . ويكون البائع ملزما بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه » .

وقد ادخلت على هذا النص التعديلات الآتية :

١ - تعديل عبارة « فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق » الى « فعل أجنبي يدعى أن له حقا » . وذلك توخيا للدقة في التعبير ، إذ أن التعرض يتحقق فعلا بمجرد الادعاء ولو لم يكن هذا الادعاء على أساس .

٢ - تعديل عبارة « حق على المبيع » الى « حقا متعلقا بالمبيع » ، وذلك حتى يشمل النص الحق العيني والحق الشخصي .

(مادة ٤٠٧)

١ - اذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع ، وجب عليه أن يبادر الى اخطار البائع بذلك ، ويكون على البائع بحسب الأحوال أن يتدخل في الدعوى الى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله .

٢ - فإذا تم الاخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوى ، وجب عليه الضمان ، الا اذا اثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه .

٣ - واذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم «از قوة الامر المقضي» ، فقد حقه في الرجوع بالضمان اذا اثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي الى رفض دعوى الاستحقاق .

الفقرة الاولى من هذه المادة تقابل الفقرة الاولى من المادة ٤٤٠ من التقنين الحالي التي تنص على أنه «اذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع ، كان على البائع ، بحسب الأحوال ووفقاً لقانون المرافعات ، أن يتدخل في الدعوى الى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله» .

وقد عدلت في هذه الفقرة عبارة « وأخطر بها البائع » الى « وجب عليه أن يبادر الى اخطار البائع بذلك » ، وذلك لظاهر أن الاخطار واجب يقع على المشتري ، مادام أن عدم القيام به يؤدي الى فقد حقه في الرجوع بالضمان . وعدلت كلمة « كان » الى « ويكون » ، لأن سياق العبارة يقتضي ذلك . وحذفت عبارة « ووفقاً لقانون المرافعات » ، لأنها من قبيل التزيد .

أما الفقرتان الثانية والثالثة من المادة المقترحة فتطابقان الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٤٤٠ من التقنين الحالي .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٨٣ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع كلياً أو جزئياً وجب عليه المبادرة بادخال البائع فيها .

٢ - فاذا لم يقم بادخاله وصدر لصالح الغير حكم نهائي ، سقط الضمان عن البائع اذا ثبت ان ادخاله في دعوى الاستحقاق كان من شأنه أن يؤدي الى رفضها . »

وتقابل المادة ٥٠٤ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - الخصومة في استحقاق المبيع قبل تسلمه يجب أن توجه الى البائع والمشتري معاً .

٢ - فاذا كانت الخصومة بعد تسلم المبيع ، وأراد المشتري الرجوع على البائع ، وجب ادخاله في الدعوى . »

وتقابل المادة ٥٥١ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - لا يرجع المشتري بالضمان اذا لم يثبت الاستحقاق الا باقراره أو بنكوله .

٢ - ومع ذلك يرجع بالضمان حتى لو لم يثبت الا باقراره أو بنكوله ، اذا كان حسن النية وكان قد اعذر البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم ودعاه للدخول معه في الدعوى فلم يفعل . هذا ما لم يثبت البائع أن المستحق لم يكن على حق في دعواه بالاستحقاق . »

والسند الشرعي لحكم المادة المقترحة هو ما تقتضيه المحافظة على مصالح وحقوق البائع وتمكينه من دفع دعوى الاستحقاق ، وبذلك يسلم له ملكه وينفذ عقده وفي هذا مصلحة أيضاً للمشتري .

انظر المادتين المقابلتين لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي (م ٥٨٥ و ٥٨٦) ومذكرتهما الايضاحية والتعديلات التي ادخلت عليهما في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٨٤ - ٨٨ .

(مادة ٤٠٨)

يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق ، دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي ، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم فلم يتدخل البائع فيها . هذا ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٤٤١ من التقنين الحالي التي تنص على أن « يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق ، دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي ، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل . كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه . »

وقد عدلت في هذه المادة عبارة « ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل » الى « فلم يتدخل البائع فيها » . وعدلت عبارة « كل ذلك » الى « هذا » .

والمادة المقترحة تقابل المادة (٥٥١) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - لا يرجع المشتري بالضمان اذا لم يثبت الاستحقاق الا باقراره أو بنكوله .

٢ - ومع ذلك يرجع بالضمان حتى لو لم يثبت الا باقراره أو بنكوله ، اذا كان حسن النية وكان قد اعذر البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم ودعاه للدخول معه في الدعوى فلم يفعل . هذا ما لم يثبت البائع أن المستحق لم يكن على حق في دعواه بالاستحقاق . »

وتقابل المادة ٥٥٢ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا أثبت المستحق الاستحقاق وحكم له ، ثم اتفق مع المشتري على ترك المبيع بعوض ، يعتبر هذا شراء للمبيع من المستحق ، وللمشتري ان يرجع على بائعه بالضمان » .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة لنص التقنين الحالي (م ٥٨٨) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٩٣ و ٩٢ .

وحكم المادة المقترحة بتناول صورة من الصلح المشار اليه في المادة السابقة ، وذلك بدفع عوض لمدعي الاستحقاق . وهذه الصورة تستند الى القاعدة الشرعية التي تقضي بأن من أدى مالا حفظ به مال غيره كان له أن يسترده . اذ المفروض في هذا وفي ضوء المادة السابقة أن المشتري فيما قام به كان حسن النية وأنه أخطر البائع ودعاه الى التدخل فلم يفعل وأن البائع عجز عن اثبات عدم استحقاق الأجنبي .

(مادة ٤١٠)

إذا استحق كل المبيع ، كان للمشتري ان يطلب من البائع :

- ١ - ثمن المبيع .
- ٢ - قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع .
- ٣ - المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري ان يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكعالية إذا كان البائع سيء النية .
- ٤ - جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المشتري يستطيع ان يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى .
- ٥ - وبوجه عام ، تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

هذه المادة تقابل المادة ٤٤٣ من التقنين الحالي التي تنص على ما

يأتى : « إذا استحق كل المبيع كان للمشتري ان يطلب من البائع :

- ١ - قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت .
 - ٢ - قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع .
 - ٣ - المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري ان يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكعالية إذا كان البائع سيء النية .
 - ٤ - جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المشتري يستطيع ان يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى .
 - ٥ - وبوجه عام ، تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .
- كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيًا على المطالبة بفسخ البيع أو ابطاله . .

وتقابل المسادتين ٥٠٧ و ٥٠٨ من التقنين الأردني :

فالمادة ٥٠٧ من هذا التقنين تنص على أنه « لا يملك المشتري الرجوع على البائع إذا كان الاستحقاق مبنيًا على إقراره أو نكوله عن البائع » .

والمادة ٥٠٨ تنص على ما يأتى :

« ١ - إذا صالح المشتري مدعى الاستحقاق على مال قبل القضاء له وأنكر البائع حق المدعى ، كان للمشتري ان يثبت ان المدعى محق في دعواه ، وبعد الاثبات يخير البائع بين أداء ما يعادل بدل الصلح أو رد الثمن الى المشتري .

٢ - وإذا كان الصلح بعد القضاء للمستحق احتفظ المشتري بالمبيع وحق له الرجوع على البائع بالثمن » .

انظر المادة المقابلة لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي (٥٨٧) ومذكرتها الايضاحية والتعديل الذي ادخل عليها في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٨٨ - ٩٠ .

وفي الفقه الاسلامي نصف المادة ٤٩٦ من مرشد الحيران على ما يأتى:

« لا يرجع المشتري بالثمن على البائع الا اذا ثبت استحقاق المبيع عليه بالبينه . فان ثبت استحقاقه باقرار المشتري أو وكيله أو ينكول المشتري أو وكيله ، فلا يكون له حق في الرجوع على البائع » . وحكم المادة المقترحة يعقد باقرار المشتري في ظروف تفيد اقرار البائع بدعوى الأجنبي ، وذلك في ضوء حسن نية المشتري في اقراره واخطار البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم فلم يتدخل وعجز البائع عن اثبات عدم استحقاق الأجنبي . وفي هذا ما يتفق بمفهوم المخالفة مع حكم المادة ٤٩٦ من مرشد الحيران .

(مادة ٤٠٩)

إذا توفى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع ان يتخلص من نتائج الضمان بان يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع جميع المصروفات .

هذه المادة تطابق المادة ٤٤٢ من التقنين الحالي ، مع حذف عبارة « الفوائد القانونية » . وفي هذه المادة ٥٠٨ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتى :

« ١ - إذا صالح المشتري مدعى الاستحقاق على مال قبل القضاء له وأنكر البائع حق المدعى ، كان للمشتري ان يثبت أن المدعى محق في دعواه ، وبعد الاثبات يخير البائع بين أداء ما يعادل بدل الصلح أو رد الثمن الى المشتري .

٢ - وإذا كان الصلح بعد القضاء للمستحق احتفظ المشتري بالمبيع وحق له الرجوع على البائع بالثمن » .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - استعويض عن البند الأول من هذه المادة بالعبارة الآتية :
« ثمن المبيع » .

٢ - لحذفت العبارة الأخيرة من هذه المادة ، وهي التي تقول : « كل هذا مالم يكن رجوع المشتري مبنيًا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » .

وحكم المادة المقترحة في رجوع المشتري على البائع بالثمن عند الاستحقاق يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٤٩١ من مرشد الحيران على أن « البائع ضامن للمبيع بثمنه عند استحقاقه للغير » . راجع أيضا المادتين ٢٩٩ و ٥٠٠ ، والمواد من ٥٠١ الى ٥٠٤ من مرشد الحيران .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٥٤ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا استحق المبيع على المشتري وكان البائع لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشتري استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة المبيع أو زادت ، وله أن يسترد أيضا قيمة الثمار التي ألزم بردها للمستحق والمصروفات النافعة التي صرفها وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان يستطيع المشتري أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى » .

٢ - أما إذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشتري أن يسترد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصروفات الكمالية التي أنفقها على المبيع وأن يطلب تعويضا عما لحقه من خساره أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع » .

وتقابل المادة ٥٠٥ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا قضى باستحقاق المبيع كان للمستحق الرجوع عن البائع بالثمن إذا أجاز البيع ويخلص المبيع للمشتري » .

٢ - فإذا لم يجز المستحق البيع انفسخ العقد وللمشتري أن يرجع على البائع بالثمن » .

٣ - ويضمن البائع للمشتري ما أحدثه في المبيع من تحسين ناقص مقدرا بقيمته يوم التسليم للمستحق » .

٤ - ويضمن البائع أيضا للمشتري الاضرار التي نشأت باستحقاق المبيع » .

وتقابل المادة ٤٨٤ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا استحق المبيع كله ، كان للمشتري أن يسترد الثمن من البائع ويرجع عليه بكل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع » .

٢ - ومع ذلك يقتصر حق المشتري على استرداد الثمن ، إذا أثبت البائع له أنه لم يكن يعلم عند البيع بسبب الاستحقاق » .

انظر المادة المقابلة لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدى (٥٨٩) ومذكرته الايضاحية والتعديلات التي أدخلت عليها في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٩٤ - ٩٨ .

(مادة ٤١١)

١ - إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بحق أو قيد ، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرا لو علم به لما أتم العقد ، كان له أن يرد المبيع وما أفادته منه على أن يعوضه البائع على النحو المبين في المادة السابقة .

٢ - فإذا اختار المشتري استيفاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطلب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق .

الفقرة الأولى من هذه المادة تتفق في حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ٤٤٤ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بتكليف ، وكانت خسارة المشتري من ذلك بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطلب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفادته منه » .

وقد استبدلت في هذه الفقرة عبارة « أو وجد مثقلا بحق أو قيد » بعبارة « أو وجد مثقلا بتكليف » للايضاح . فقد يكون المبيع مثقلا بحق ، كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق امتياز أو ضريبة تحسين ترتبت على أعمال المنافع العامة . وقد يكون مثقلا بقيد ، كالقيد الناشئ من اعتماد خط التنظيم . ولكن لا يدخل في معنى القيد ما يفرضه القانون بصفة عامة على جميع الملاك .

كما أدخل على هذه الفقرة تعديل لفظي على النحو الوارد في المادة المقترحة .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فانها مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٤٤٤ من التقنين الحالي .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامي في استحقاق بعض المبيع . فقد نصت المادة ٥٠٥ من مرشد الحيران على أنه « إذا استحق بعض المبيع قبل القبض بطل البيع في القدر المستحق ويخير المشتري في الباقي إن شاء رده ورجع بجميع الثمن وإن شاء أمسكه ورجع بحصة المستحق سواء أورث الاستحقاق عيبا في الباقي أم لا » . كما نصت المادة ٥٠٦ على أنه « إذا قبض المبيع كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره » . ثم أن أحدث الاستحقاق عيبا في الباقي يخير المشتري إن شاء رده ورجع بجميع الثمن وإن شاء أمسكه ورجع بثلث المستحق . وإن لم يحدث عيبا في الباقي يأخذ المشتري بلا خيار ويرجع بحصة المستحق » .

هذه المادة مستحدثة • وبمقتضاها يعفى البائع مع ضمان حق أو قيد يكون المبيع مثقلا به إذا أبان عنه للمشتري • ذلك أن قبول المشتري للمبيع بعد أن أبان البائع عما يتقله من حق أو قيد يستفاد منه نزول المشتري عن الضمان ، وبالتالي إعفاء البائع منه • غير أنه إذا كان القيد الذي يتقل المبيع قييدا قانونيا على الملكية ، بحيث يفرضه القانون على جميع الملاك ، فلا يضمنه البائع سواء أبان عنه للمشتري أو لم يبين عنه ، وسواء ثبت أن المشتري يعرفه أو لم يثبت ، مادام أنه قيد يفرضه القانون ويفترض علم المشتري به •

والواقع أن قيود الملكية بهذا المعنى ، كحقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور ، ليست حقوق ارتفاق بالمعنى الصحيح ، إذ أنها قيود قانونية مفروضة على جميع الملاك •

ونذلك لا يضمنها البائع حتى لو ضمن خلو المبيع من حقوق الارتفاق

وقد روى في ظل المادة المقترحة أن يستغنى عن حكم الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ من التقنين الحالي التي تنص على أن « يفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهرا ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري » •

فإذا كان المبيع مثقلا بحق ارتفاق ، فلا يضمنه البائع إذا كان قد أبان عنه للمشتري ، وذلك طبقا لما تقضى به المادة المقترحة • وإذا كان حق الارتفاق ظاهرا ، ولم يبين عنه البائع للمشتري ، سرى حكم القواعد العامة ، حيث يتحمل البائع بالضمان ولا يكفي إسقاط هذا الضمان أن يكون المشتري عالما بحق الارتفاق • وليس هناك ما يدعو إلى الإبقاء على حكم التقنين الحالي الذي يقضى بعدم الضمان إذا كان حق الارتفاق ظاهرا حتى ولو لم يبين عنه البائع للمشتري ، فهذه خصوصية ترجع إلى تقاليد القانون الروماني ولم يعد هناك مبررا للأخذ بها •

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٨٦ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « لا يضمن البائع حقا ينقص من انتفاع المشتري بالمبيع إذا كان قد أبان عنه للمشتري وقت التعاقد أو كان هذا الحق ارتفاقا ظاهرا أو ناشئا عن قيد قانوني على الملكية » •

والسند الشرعي للمادة المقترحة هو القبول الضمني من جانب المشتري مادام البائع قد أبان له عما يتقل المبيع من حق أو قيد • أما القيد القانوني على الملكية فهو قيد عام يفترض علم الكافة به •

(مادة ٤١٣)

١ - لا يجوز للمتاعدين أن يتفقا على زيادة ضمان الاستحقاق أو انقاصه أو إسقاطه •

٢ - ولا يمنع علم المشتري بسبب الاستحقاق من وجوب الضمان على البائع •

والنص المقترح يعبر عن وجود عيب في المبيع بقوله أن خسارة المشتري قد بلغت قدرها لو علم به لما أتم العقد ، إذ أن المقصود بالعيب في تعبير الفقه الإسلامي هنا هو تفريق الصفقة على المشتري وما يسببه من خسارة •

والتعويض المشار إليه في حالة استبقاء المبيع أو عدم بلوغ الخسارة المحددين في الفقرة الأولى يراد به حصة القدر المستحق من الثمن بالإضافة إلى تعويض الخسائر الأخرى •

والمادة المقترحة تنفق في حكمها مع المادة ٤٨٥ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا استحق بعض المبيع ، أو ثبت عليه حق للغير ، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرها لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يرد المبيع وما أفاده منه على أن يعرض في حدود ما تقضى به المادة السابقة •

٢ - فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقت لم تبلغ القدر المبين في الفقرة الأولى ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق وفقا لما تقضى به المادة السابقة •

وتقابل المادة ٥٥٥ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا استحق بعض المبيع ، أو كان مثقلا بتكليف لأعلم للمشتري به وقت العقد ، كان للمشتري أن يفسخ العقد •

٢ - وإذا اختار المشتري الباقي من المبيع فله أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق •

وتقابل المادة ٥٠٩ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا استحق بعض المبيع قبل أن يقبضه كله كان للمشتري أن يرد ما قبض ويسترد الثمن أو يقبل البيع ويرجع بحصة الجزء المستحق •

٢ - وإذا استحق بعض المبيع بعد قبضه كله وأحدث الاستحقاق عيبا في الباقي كان للمشتري رده والرجوع على البائع بالثمن أو التمسك بالباقي بحصته من الثمن وإن لم يحدث عيبا وكان الجزء المستحق هو الأقل فليس للمشتري إلا الرجوع بحصة الجزء المستحق •

٣ - فإذا ظهر بعد البيع أن على المبيع حقا للغير كان للمشتري الخيار بين انتظار رفع هذا الحق أو فسخ البيع والرجوع على البائع بالثمن •

(مادة ٤١٢)

لا يضمن البائع حقا أو قييدا يتقل المبيع إذا كان قد أبان عنه للمشتري أو كان هذا القيد قييدا قانونيا على الملكية •

فلا يجوز الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق . ولا يجوز الاتفاق على انقاص هذا الضمان أو إسقاطه . وسواء تعلد البائع اخفاء سبب الاستحقاق أو لم يعتمد ذلك . ويكون البائع مسئولاً عن أى استحقاق ، سواء نشأ هذا الاستحقاق من فعله أو نشأ من فعل الغير ، وسواء كان المشتري يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو لا يعلمه ، وحتى لو كان المشتري قد اشترى ساقط الخيار .

وذلك اتساقاً مع ما قرره المشروع فى المادة ٢٢٩ منه التى تنص على ما يأتى :

- ١ - لا يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه القوة القاهرة .
٢ - وكذلك لا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى .

وقد رأينا أن هذا الحكم يخالف ما نصت عليه المادة ٢١٧/١ و ٢ من التقنين المصرى الحالى والمادة ٢٥٩/١ و ٢ من التقنين العراقى والمادتين ٢٩٥ و ٢٩٦ من التقنين الكويتى .

ورأينا ما جاء فى المادة ٥/٢٢٩ من المشروع قد روعى فيه مبدأ أساسى فى الشريعة الاسلامية ، هو ما جاء فى الآية الكريمة : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » . مما لا يسوغ معه أن يتفق مقدماً على زيادة مسؤولية المدين أو الاعفاء منها .

وهذا المبدأ الشرعى هو الذى روعى أيضاً فى حكم المادة المقترحة .

فهذا المبدأ من ناحية يدعو الى عدم الزام المتعاقد بأكثر مما يقتضيه حكم العقد ، مما لا يسوغ معه أن يتفق على تحميل البائع بما يزيد فى ضمان الاستحقاق . ويوجب من ناحية أخرى الزام المتعاقد بما يقتضيه حكم العقد ، مما لا يسوغ معه أن يتفق على انقاص ضمان الاستحقاق الذى يقع على عاتق البائع أو إسقاطه عنه ، وما تقتضى به الفقرة الثانية من المادة المقترحة يتفق مع القواعد العامة . فلا يمنع علم المشتري بسبب الاستحقاق من وجوب الضمان على البائع . إذ أن المشتري قد يعتقد أن البائع سيحصل على ملكية المبيع من مالكة الحقيقية أو أنه سيتدفع تعرض الأجنبى الذى له حقوق أخرى متعلقة بالمبيع . فإذا لم يتحقق ما يعتقده المشتري ، فاستحق المبيع كله أو بعضه رجع للمشتري بضمان الاستحقاق على البائع .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى فى هذا الصدد . فقد نصت المادة ٤٩٢ من مرشد الحان على أنه « لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع لثمن المبيع عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط » .

كما نصت المادة ٤٩٤ من مرشد الحيران على أن « علم المشتري بكون المبيع ليس ملكاً للبائع لا يمنع من رجوعه بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع » .

هذه المادة تقابل الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٤٤٥ والمادة ٤٤٦ من التقنين الحالى .

فالمادة ٤٤٥ فقرة أولى وثالثة من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

- ١ - يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدوا ضمان الاستحقاق أو أن ينقصوا منه ، أو يسقطوا هذا الضمان .
٢ - ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعلد اخفاء حق الأجنبى .

والمادة ٤٤٦ تنص على ما يأتى بالتقنين قسماً على ما يأتى :

- ١ - إذا اتفق على عدم الضمان ، بقى البائع مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك .

- ٢ - أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار .

وتقابل المادتين ٥٥٦ و ٥٥٧ من التقنين العراقى :

فالمادة ٥٥٦ من هذا التقنين تطابق المادة ٤٤٥ من التقنين المصرى الحالى .

والمادة ٥٥٧ تنص على ما يأتى :

- ١ - إذا اتفق على عدم الضمان ، بقى البائع مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك .

- ٢ - أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد الثمن فقط .

وتقابل المادتين ٤٨٧ و ٤٨٨ من التقنين الكويتى :

فالمادة ٤٨٧ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

- ١ - يجوز للمتعاقدين الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق أو انقاصه أو إسقاطه .

- ٢ - ومع ذلك يقع باطلاً كل شرط بانقاص الضمان أو إسقاطه إذا كان البائع قد تعلد اخفاء سبب الاستحقاق أو كان الاستحقاق ناشئاً من فعله .

والمادة ٤٨٨ تنص على أنه « إذا كان شرط عدم الضمان صحيحاً ، فإن البائع يكون مع ذلك مسئولاً عن رد الثمن ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار » .

وقد رأى فى المادة المقترحة الأخذ بما يخالف الأحكام الواردة فى التقنين المصرى الحالى والتقنين العراقى والتقنين الكويتى على نحو يكون الحكم فيه مطلقاً .

والمادة ٤٩٨ تنص على أنه « إذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه ، كان للمشتري ان يطلب فسخ البيع مع التعويض ، أو أن يستوفي المبيع مع طلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب عدم توافر هذه الصفات » .

وتقابل المواد ٥١٢ / ٢ و ٥١٣ / ٣ و ٥١٤ و ٥١٤ / ١ و ٣٠٢ من التقنين الأردني :

فالمادة ٥١٢ / ٢ من هذا التقنين تنص على أن « تسري القواعد العامة بشأن خيار العيب (انظر م ١٩٣-١٩٨) على عقد البيع مع مراعاة الأحكام التالية : »

والمادة ٥١٣ / ٢ و ٣ و ٤ تنص على ما يأتي :

٢ - ويعتبر العيب قديماً إذا كان موجوداً في المبيع قبل البيع أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم .

٣ - يعتبر العيب الحادث عند المشتري بحكم القديم إذا كان مستنداً إلى سبب قديم موجوداً في المبيع عند البائع .

٤ - يشترط في العيب القديم أن يكون خفياً والخفي هو الذي لا يعرف بشهادة ظاهر المبيع أولاً يبينه الشخص العادي أولاً يكشفه غير خبير أولاً يظهر إلا بالتجربة »

والمادة ٥١٤ / ١ و ٢ و ٣ تنص على ما يأتي :

« لا يكون البائع مسؤولاً عن العيب القديم في الحالات الآتية :

١ - إذا بين البائع عيب المبيع حين البيع .

٢ - إذا اشترى المشتري المبيع وهو عالم بما فيه من العيب .

٣ - إذا ارضى المشتري بالعيب بعد اطلاعه عليه أو بعد علمه به من آخر » .

ويتضح من هذه النصوص أن شروط العيب الموجب للضمان واحدة في النص المقترح والتقنين المصري الحالي والتقنين العراقي والتقنين الكويتي والتقنين الأردني .

وهذه الشروط هي الشروط ذاتها في الفقه الاسلامي : انظر في هجر المواد ٣٣٨ - ٣٤١ من المجلة ، والمواد ٥١٤ - ٥١٧ من مرشد الحيران ، والمواد ٨٤ و ٨٥ و ٩٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابي حنيفة ، والمادة ٨٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

وانظر في تخلف صفة كفل البائع للمشتري وجودها فيه : م ٩٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

وانظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيلي للتقنين المصري الحالي (م ٥٩٣ و ٥٩٤) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٠٩ - ١١٣ .

كما يتفق مع ما نصت عليه المادة ٥٠٦ من التقنين الاردني وهي تطابق المادتين ٤٩٢ و ٤٩٤ من مرشد الحيران .

(مادة ٤٩٤)

١ - يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع في هذا الوقت عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد ومما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له . ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عا. بوجوده .

٢ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد اخفاء العيب غشاً منه .

هذه المادة تطابق المادة ٤٤٧ من التقنين الحالي ، مع اضافة عبارة « في هذا الوقت » في الفقرة الاولى للايضاح ، اذ أن شرط وقت التسليم يسرى على الحالتين المنصوص عليهما في صدر المادة .

وتقابل المادتين ٥٥٨ و ٥٥٩ من التقنين العراقي :

فالمادة ٥٥٨ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ، كان المشتري مخيراً ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى .

٢ - والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه . ويكون قديماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم .

والمادة ٥٥٩ تنص على أنه « لا يضمن البائع عيباً قديماً كان المشتري يعرفه ، أو كان يستطيع أن يبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، إلا إذا أثبت أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أخفى عنه العيب غشاً منه » .

وتقابل المواد ٤٨٩ و ٤٩١ و ٤٩٨ من التقنين الكويتي :

فالمادة ٤٩٣ من هذا التقنين تنص على أن « يكون البائع ملزماً بالضمان وفقاً لأحكام المادة ٤٨٥ إذا كان بالمبيع وقت البيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة المبيع أو الغرض الذي أعد له » .

والمادة ٤٩٥ تنص على أنه « لا يضمن البائع عيباً كان المشتري يعرفه وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أنه قد تعمد اخفائه غشاً منه » .

(مادة ٤١٥)

لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه .

هذه المادة تطابق المادة ٤٤٨ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٩٠ من التقنين الكويتي .

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة ٥١٢ / ١ من التقنين الأردني التي تنص على أن « يعتبر البيع منعقداً على أساس خلو المبيع من العيوب إلا ما جرى العرف على التسامح فيه » .

وتتفق في حكمها أيضاً مع ما يقرره الفقه الإسلامي ، حيث من قواعد الكلية أن « العادة محكمة » (م ٣٦ من المجلة) . ويتفرع عن ذلك أن « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » (م ٤٥ من المجلة) ، وأن « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » (م ٤٣ من المجلة) ، وأن « استعمال الناس حجة يجب العمل بها » (م ٣٧ من المجلة) ، وأن « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » (م ٤٤ من المجلة) . انظر ما لا يعد عيباً في العرف في المادة ٥٢٣ من مرشد الحيران والمادة ٣٥٣ من المجلة .

(مادة ٤١٦)

إذا تسلم المشتري المبيع ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك ، وفقاً للمألوف في التعامل . فإذا كشف عيباً يضمنه البائع ، وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة ، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع .

٢ - أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري ، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره ، والا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب .

هذه المادة تطابق المادة ٤٤٩ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٥٦٠ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٩٢ من التقنين الكويتي .

وما يقضى به النص المقترح من وجوب إخطار البائع بالعيب أمر تفرغ عنه طبيعة الأشياء وما هو مألوف في التعامل ، وهو ما يقره الفقه الإسلامي . فقد نصت المادة ١٠٢ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أنه « إذا حصل من المشتري بعد إطلاعه على عيب المبيع لا يدل عرفاً على الرضى بالعيب من قول أو فعل أو سكوت عن طلب الرد بالعيب أكثر من يومين بغير عذر سقط حقه في الرد به » .

(مادة ٤١٧)

إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤١١ .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥٠ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع ما جاء في صدر المادة ٤٩٩ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « يكون البائع ملزماً بالضمان وفقاً لأحكام المادة ٤٨٥ إذا كان بالمبيع وقت البيع عيب » .

وتقابل المادة ٥٥٨ / ١ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا ظهر في المبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً أن شاء رده وإن شاء قبله بالثمن المسمى » .

وتقابل المادة ٥١٢ / ١ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « إذا ظهر في المبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً أن شاء قبله بالثمن المسمى وليس له إمساكه والمطالبة بما انقصه العيب من الثمن » .

انظر في الفقه الإسلامي المواد ٣٣٧ و ٣٥١ و ٣٥٢ من المجلة والمواد ٥١٩ - ٥٢٣ من مرشد الحيران .

فقد جاء في المادة ٥١٩ من مرشد الحيران ما يأتي : « ما يبيع يبيع مطلقاً منقولا كان أو عقاراً وظهر للمشتري عيب قديم فيه فله الخيار أن شاء قبله بكل الثمن وإن شاء رده واسترد الثمن إن كان نقده للبائع » . ونصت المادة ٥٢٠ على أنه « إذا بيعت جملة أشياء صفقة واحدة وظهر ببعضها عيب قبل التسليم فالمشتري مخير أن شاء قبلها بالثمن المسمى وإن شاء رد جميعها » . وليس له أن يرد العيب وحده ويأخذ التسليم » . ونصت المادة ٥٢١ على أنه « إذا بيعت جملة أشياء صفقة واحدة وظهر ببعضها عيب بعد التسليم فإن لم يكن في تفريقها ضرر فالمشتري أن يرد العيب منها بحصته من الثمن سائلاً وليس له أن يرد الجميع بدون رضى البائع » . وإن كان في تفريقها ضرر فله أن يرد المبيع كله أو يقبله بكل الثمن » .

وانظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين المصري الحالي (لم ٥٩٦) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٢٢ - ١٢٤ .

(مادة ٤١٨)

تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأي سبب كان .

هذه المادة تطابق المادة ٥١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٩٣ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٥٦٤ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا هلك المبيع المعيب في يد المشتري فله أن يخطره به ، ويرجع على البائع بنقصان الثمن » .

« ١ - تسقط دعوى ضمان العيب اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ، ولو لم يكشف المشتري العيب الا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول . »

٢ - وليس للبائع أن يتمسك بالسقوط اذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه . »

وتتفق في حكمها ، فيما عدا المدة ، مع المادة ٥٧٠ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - لا تسمع دعوى ضمان العيب اذا انقضت ستة أشهر من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب الا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول . »

٢ - وليس للبائع أن يتمسك بهذه المدة لمرور الزمان اذا ثبت أن إخفاء العيب كان بغش منه . »

وتتفق في حكمها ، فيما عدا المدة ، مع المادة ٥٢١ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - لا تسمع دعوى ضمان العيب بعد انقضاء ستة أشهر على تسليم المبيع ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول . »

٢ - وليس للبائع أن يتمسك بهذه المدة لمرور الزمان اذا ثبت أن إخفاء العيب كان بغش منه . »

والسند التشريعي للمادة المقترحة مبدأ عدم سماع الدعوى بمرور الزمان قطعاً للخصومة في أقل وقت ممكن ، ما لم يقبل البائع مدة أطول من سنة لعدم سماع الدعوى أو يرتكب غشاً بإخفاء العيب .

(مادة ٤٢٠)

يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان العيب أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً اذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥٣ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٩٥ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادتين ٥٦٧ و ٥٦٨ من التقنين العراقي :

فالمادة ٥٦٧ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا ذكر البائع أن في المبيع عيباً فاشترى المشتري بالعيب الذي سمع فلا خيار له في رده بالعيب المسمى ، وله رده بعيب آخر . »

٢ - واذا اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود بالمبيع ، صح البيع والشرط وإن لم يسم العيوب . ولكن في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض ، وفي الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث . »

وتقابل المادة ٥١٦ من التقنين الاردني التي تنص على أنه « اذا هلك المبيع المبيع بعيب قديم في يد المشتري أو استهلكه قبل علمه بالعيب رجع على البائع بنقصان العيب من الثمن » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين المصري الحالي (م ٥٩٧) والتعديل الذي أدخل عليه في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٢٠ و ١٢١ و ١٢٤

وانظر في الفقه الاسلامي المادة ٥٣٠ من مرشد الحيران .

(مادة ٤١٩)

١ - لا تسمع دعوى ضمان العيب اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمها فعلياً ولو لم يكشف المشتري العيب الا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

٢ - على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بعدم سماع الدعوى لتمام التقادم اذا ثبت أنه ثبت تعمد إخفاء العيب غشاً منه .

هذه المادة تقابل المادة ٤٥٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - تسقط بالتقادم دعوى الضمان اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب الا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول . »

٢ - على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم اذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه . »

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

(١) استبدلت عبارة « لا تسمع دعوى ضمان العيب » في الفقرة الأولى بعبارة « تسقط بالتقادم دعوى الضمان » مراعاة للخطأ التي جرى عليها المشروع وهي الأخذ بفكرة عدم سماع الدعوى بالحق بدلاً من فكرة انقضاء الحق أو سقوطه بالتقادم التي يأخذ بها التقنين الحالي .

(٢) أضيف في الفقرة الأولى ما يفيد أن يكون تسليم المبيع تسليمياً فعلياً ، لأن هذا التسليم هو الذي يتيح للمشتري أن يكشف العيب ، فلا يكفي التسليم الحكمي . وبذلك يتسق الحكم مع ما هو مقرر في خصوص العجز والزيادة في مقدار المبيع من أن التسليم يجب أن يكون تسليمياً فعلياً (م ٤٠١ من المشروع و م ٤٣٤ من التقنين الحالي) .

(٣) استبدلت عبارة « أن يتمسك بعدم سماع الدعوى لتمام التقادم » في الفقرة الثانية بعبارة « أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم » .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٤٩٦ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

والمادة ٥٦٨ ، وهي تتفق في حكمها مع المادة المقترحة ، تنص على ما يأتي :

١ - يجوز أيضا للمتعاقدین باتفاق خاص أن يحددا مقدار الضمان .

٢ - على أن كل شرط يسقط لضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب .

وتقابل المادة ٥١٤/٤ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« لا يكون البائع مسئولاً عن العيب القديم في الحالات التالية :

٤ - إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسئوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين إلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب أو كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب .

انظر في الفقه الاسلامي المادتين ٣٤٢ و ٣٤٣ من المجلة والمادتين ٥١٧ و ٥١٨ من مرشد الحيران . فقد نصت المادة ٥١٧ من مرشد الحيران على انه « اذا ذكر البائع أن في المبيع عيبا فاشتره المشتري بالعيب الذي سماه له فلا خيار له في رده بالعيب المسمى وله رده بعيب آخر ولو قبله المشتري بجميع عيوبه فليس له رده بالعيب المسمى ولا بعيب آخر .

أما في حالة تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشياً منه ، فيبطل شرط إسقاط الضمان أو انقاصه . انظر المذكرة الايضاحية للمادة ٩٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك . حيث جاء فيها أن شرط براءة البائع من العيوب لا يعفيه الا من العيوب التي لا يعلمها ، أما التي علمها وأخفاها عن المشتري فلا يبرأ منها لأن هذا من باب الغش .

(مادة ٤٢١)

لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ولا في البيوع الادارية اذا تمت بطريق المزاد العلني .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٩٧ من التقنين الكويتي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٦٩ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « لا تسمع دعوى الضمان فيما بيع بمعرفة المحكمة أو الجهات الحكومية الأخرى بطريق المزادة العلنية » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥١٤ / ٥ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« لا يكون البائع مسئولاً عن العيب القديم في الحالات التالية :

٥ - إذا جرى البيع بالمزاد من قبل السلطات القضائية أو الادارية .

(انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي (م ٦٠٠) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٢٩) .

والسند الشرعي للمادة المقترحة ما نصت عليه المادة ٩٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ، حيث تقول : « بيع القاضي أو الوارث لشيء من تركه الميت لقضاء ديونه أو تنفيذ وصيته بيع براءة وإن لم تشترط البراءة وقت البيع . فليس للمشتري أن يرد المبيع بما يظهر له فيه من عيب قديم لم يعلم به القاضي أو الوارث والافله الرد به » .

(مادة ٤٢٢)

إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع ، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الاخطار ، وإلا سقط حقه في الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥٥ من التقنين الحالي .

وتقابل المادة ٤٩٩ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع خلالها ، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره .

٢ - فإذا لم يقم البائع باصلاح الخلل ، كان للمشتري أن يطلب الفسخ مع التعويض أو أن يستبقى المبيع ويطلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب الخلل . وفي الحالين يجب رفع الدعوى في مدة ستة شهور من تاريخ اخطار البائع بوجود الخلل . كل هذا ما لم يتفق على خلافه .

(انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي (م ٦٠١) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٣٠ و ١٣١) .

وحكم المادة المقترحة يتناول صورة من صور خيار الوصف . وسند السند الشرعي ما نصت عليه المادة ٣١٠ من المجلة ، حيث تقول : « اذا باع مالا بوصف مرغوب فظهر المبيع خالياً عن ذلك الوصف كان المشتري مخيراً ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذه بجميع الثمن المسمى » . وما نصت عليه المادة ٩٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ، حيث تقول « اذا شرط المشتري عند عقد البيع وجود وصف في المبيع له فيه غرض أو جرى العرف بوجود ذلك الوصف فيه أو اعتقد وجوده فيه بسبب تقرير فعلى من البائع ثم تبين له بعد العقد عدم وجود هذا الوصف فله الخيار في رد المبيع أو التمسك به » .

وانظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي (٦٠٦م) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٣٥ - ١٣٧ .

(مادة ٤٢٤)

يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي يسلم فيه المبيع . فاذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن . وهذا كله مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٤٥٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . »

٢ - فاذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن ، .

وقد رؤى ادماج هاتين الفقرتين ، والتنويه في نهاية المادة بجواز مخالفة كل احكامها باتفاق أو عرف ، رغبة في الايضاح .

والمادة المقترحة تتفق في احكامها مع المادة ٥٧٣ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « اذا كان مكان أداء الثمن معينا في العقد لزم أدائه في المكان المشترط أدائه فيه ، فاذا لم يعين المكان وجب أدائه في المكان الذي يسلم فيه المبيع ، واذا لم يكن الثمن مستحقا عند تسليم المبيع وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق مالم يوجد عرف أو قانون يقضى بغير ذلك » .

وتتفق في احكامها مع المادة ٥٠١ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يكون الثمن مستحق الأداء في المكان الذي يتم فيه تسليم المبيع . فاذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع ، وجب أدؤه في موطن المشتري . »

٢ - وذلك كله مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ، »

التزامات المشتري :

(مادة ٤٢٣)

يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يتم فيه البيع ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تتفق في حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ٤٥٧ من التقنين الحالي التي تنص على أن « يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » . اذ أنه وفقا للقواعد العامة يسلم المبيع في الوقت الذي يتم فيه العقد .

وتقابل المادة ٥٧٥ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - البيع المطلق الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجلا . »

٢ - ويجب على المشتري أن ينقد الثمن أولا في بيع سلعة بنقد ان احضر لبائع السلعة . أما اذا بيعت سلعة بمثلها أو نقود بمثلها ، فيسلم المبيع والثمن معا . »

وتقابل المادة ٥٢٢ من التقنين الأردني التي تنص على أن « على المشتري تسليم الثمن عند التعاقد أولا وقبل تسليم المبيع أو المطالبة به ، مالم يتفق على غير ذلك » .

وتقابل المادة ١/٥٠٠ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « يكون الثمن مستحق الأداء فور تمام البيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٢٥١ من المجلة على أن « البيع المطلق ينقذه معجلا . أما اذا جرى العرف في مجل على أن يكون البيع المطلق مؤجلا أو مقسطا بأجل معلوم ينصرف البيع المطلق الى ذلك الأجل » . ونصت المادة ٤٢٤ من مرشد الحيران على أن « البيع المطلق الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجلا ويدفع في الحال الا اذا جرى عرف البلدة وعاداتها أن يكون الدفع مؤجلا أو مقسطا بأجل معلوم فان كان كذلك يلزم اتباع العرف والعادة الجارية » .

وانظر المادة ٣٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب أبي حنيفة .

وتقابل المادة ٥٢٦ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يلزم المشتري تسليم الثمن المعجل في مكان وجود المبيع وقت العقد مالم يوجد اتفاق أو عرف يغير ذلك » .

٢ - إذا كان الثمن ديناً مؤجلاً على المشتري ، ولم يجر الاتفاق على الوفاء به في مكان معين ، لزم أدائه في موطن المشتري وقت حلول الأجل » .

أنظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي لهذا التقنين (م ٦٠٥) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٣٦ و ١٣٧ .

وأنظر في الفقه الإسلامي المادتين ٢٥١ من المجلة و ٤٢٤ من مرشد الحيران .

(مادة ٤٢٥)

١ - إذا كان الثمن مستحق الأداء وأعذر البائع المشتري ، أو إذا سلم المبيع وكان قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، جاز للبائع أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب التأخير في الوفاء بالثمن ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره » .

٢ - وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه ، وعليه تكاليفه ، من وقت تمام البيع ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره » .

هذه المادة تقابل المادة ٤٥٨ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - لاحق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره » .

٢ - وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره » .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة على نحو يتفق مع الخطة التي سار عليها المشروع من تحريم الفوائد ، سواء كانت مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو التأخير في الوفاء به (م ١/٢٣٥ من المشروع) . حيث طبق المشروع القاعدة العامة الواردة في المادة ٢٣٦ منه والتي تنص على أنه « إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وتأخر المدين في الوفاء به » ، جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب

هذا التأخير » . فطبقاً لهذه القاعدة ، يجوز للبائع أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب التأخير في الوفاء بالثمن ، إذا كان الثمن مستحق الأداء . وأعذر البائع المشتري ، أو إذا سلم المبيع وكان قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى » .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من المادة المقابلة في التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٦٥ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « يكون للمشتري ثمر المبيع ونماؤه وعليه تكاليفه من وقت البيع ومع ذلك إذا لم يكن البائع قد استوفى الثمن بتمامه ، لا يكون للمشتري من الثمار إلا بقدر ما أداه من الثمن » . وذلك كله ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلافه » .

وتقابل المادة ٥٧٢ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - لاحق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الأداء إلا إذا أعذر المشتري أو سلمه الشيء المبيع وكان هذا قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، وذلك مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره » .

٢ - والزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض ، كالثمرة والناتج ، تكون حقاً للمشتري ، وعليه تكاليف المبيع ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » .

وحكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة يتفق مع الفقه الإسلامي . فقد نصت المادة ٤٨٠ من مرشد الحيران على أن « الزوائد التي تحصل في المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمار والناتج تكون حقاً للمشتري » . ويعتبر هذا النص تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأن الملك ينتقل بالعقد ، ومن ثم تكون للمشتري ثمار المبيع وعليه تكاليفه » .

(مادة ٤٢٦)

١ - إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الأداء في الحال ، فالبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة ، هذا مالم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع » .

٢ - وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشروط لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل وفقاً لأحكام المادة ٢٦١ .

الجزء الأخير منها وإحالة الحكم الوارد فيه على المادة الخاصة بسقوط حق المدين في الأجل ، وذلك على النحو الوارد في المادة المقترحة والمادة ٤٥٩ من التقنين الحالي .

والمادة ٥٨٠ تنص على أنه « إذا مات المشتري مفلساً قبل قبض المبيع ودفع الثمن ، فللبائع حق حبسه إلى أن يستوفي الثمن أو تبيعه المحكمة وتؤدي للبائع حقه من ثمنه » فإن زاد عن حق البائع يدفع الزائد لباقي الغرماء وإن نقص ولم يوف حق البائع بتمامه فيكون أسوة للغرماء فيما بقي له » .

وتقابل المواد ٥٢٣ و ٥٢٤ و ٥٣٠ من التقنين الأردني .

فالمادة ٥٢٣ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ - للبائع أن يحتبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له من الثمن ولو قدّم المشتري رهناً أو كفالة » .

« ٢ - فإذا قبل البائع تأجيل الثمن سقط حقه في احتباس المبيع والتزم بتسليمه للمشتري » .

والمادة ٥٢٤ تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا قبض المشتري المبيع قبل أداء الثمن على مراءى من البائع ولم يمنعه كان ذلك اذناً بالتسليم » .

« ٢ - وإذا قبض المشتري المبيع قبل أداء الثمن بدون إذن البائع كان للبائع استرداده ، وإذا هلك أو تعيب في يده المشتري اعتبر متسلماً إلا إذا شاء البائع استرداده معيباً » .

والمادة ٥٣٠ تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا تسلم المشتري المبيع ثم مات مفلساً قبل أداء الثمن فليس للبائع استرداد المبيع ويكون الثمن ديناً على التركة والبائع أسوة سائر الغرماء » .

« ٢ - وإذا مات المشتري مفلساً قبل تسلم المبيع وأداء الثمن كان للبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن ويكون أحق من سائر الغرماء باستيفاء الثمن منه » .

« ٣ - وإذا قبض البائع الثمن ومات مفلساً قبل تسليم المبيع كان المبيع أمارة في يده والمشتري أحق به من سائر الغرماء » .

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي : أنظر في هذا : المواد من ٢٧٨ إلى ٢٩٧ من المجلد ، والمواد من ٤٥٤ إلى ٤٥٩ من مرشد الحيران ، والمادة ٣٥ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة ومذكرتها الإيضاحية .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥٩ من التقنين الحالي ، مع استبدال كلمة « الاداء » بكلمة « الدفع » في الفقرة الأولى ، واستبدال كلمة « وفقاً » بكلمة « طبقاً » في الفقرة الثانية ، وتغيير رقم المادة المحال عليها في هذه الفقرة من ٢٧٣ إلى ٢٦١ .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تطابق المادة ٥٠٣ من التقنين الكويتي .

والمادة المقترحة تقابل المواد ٥٧٧ و ٥٧٨ و ٥٧٩ و ٥٨٠ من التقنين العراقي .

فالمادة ٥٧٧ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ - للبائع حق حبس المبيع إلى أن يستوفي ما هو حال من الثمن ولو كان المبيع جملة أشياء بيعت صفقة واحدة ، فله حبسه إلى أن يستوفي الثمن الحال ، سواء سمي لكل منها ثمن أولم يسم » .

« ٢ - حق إعطاء المشتري رهناً أو كفالة بالثمن لا يسقط حق الحبس » .

والمادة ٥٧٨ تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن ، فقد استسقط حق حبسه ، وليس للبائع في هذه الحالة أن يسترد المبيع من يد المشتري ويحبسه إلى أن يستوفي الثمن » .

« ٢ - وقبض المشتري المبيع بدون إذن البائع قبل أداء الثمن لا يكون معتبراً ، وللبائع حق استرداده » . فإن هلك المبيع أو تعيب وهو في يد المشتري ، ينقلب القبض معتبراً ، ويلزم المشتري بأداء ما في ذمته من الثمن » .

والمادة ٥٧٩ تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا كان الثمن مؤجلاً في عقد البيع أو رضى البائع بتأجيله بعد البيع ، فلا حق له في حبس المبيع ، بل يلزم بتسليمه إلى المشتري ولا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل » .

« ٢ - على أنه يجوز للبائع أن يحبس المبيع حتى ولو لم يحل الأجل المشروط لدفع الثمن ، إذا كان المشتري قد أضعف ما قدمه من تأمينات للوفاء بالثمن ، أو كان في حالة إعسار يوشك معها أن يضيع الثمن على البائع ، هذا ما لم يقدم المشتري كفالة » .

وهذه الفقرة تطابق الفقرة الثانية من المادة ٦٠٧ في المشروع التمهيدى للتقنين المصري الحالي ، ولكن لجنة المراجعة عدلتها بحذف

(مادة ٤٢٧)

١ - اذا تعرض أحد للمشتري مستندا الى حق سابق على البيع أو آيل اليه من البائع ، أو اذا خيف لأسباب جدية أن يستحق المبيع، جاز للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد أن يجبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول خطر الاستحقاق . ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم ضمانا .

٢ - ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما اذا كشف المشتري عيبا في المبيع .

هذه المادة تقابل المادة ٤٥٧ فقرة ثانية وثالثة من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

٢ - فإذا تعرض أحد للمشتري مستندا الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري ، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يجبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيل .

٣ - ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما اذا كشف المشتري عيبا في المبيع .

وقد استبدلت في الفقرة الثانية من هذه المادة عبارة « أو اذا خيف لأسباب جدية أن يستحق المبيع » بعبارة « أو اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري » وعبارة « أو يزول خطر الاستحقاق » بعبارة « أو يزول الخطر » ، وكلمة « ضمانا » بكلمة « كفيل » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٧٦ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١٠ - اذا تعرض أحد للمشتري مستندا الى حق سابق على عقد البيع أو آيل من البائع ، أو اذا خيف لأسباب جدية على المبيع أن يستحق ، جاز للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد أن يجبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول خطر الاستحقاق . ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيل .

٢ - ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما اذا كشف المشتري عيبا في المبيع وطلب الفسخ أو نقصان الثمن .

وتقابل المادة ٢/٥٠٠ و ٣ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

٢ - فإذا تعرض أحد للمشتري مستندا الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع أو نتيجة لفعله ، أو اذا خيف لأسباب جدية أن يستحق المبيع ، جاز للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد أن يجبس الثمن حتى ينتهي التعرض أو يزول خطر الاستحقاق . ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيل .

٣ - ويسرى حكم الفقرة السابقة اذا ظهر عيب في المبيع .

وتقابل المادة ٥٢٨ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - اذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع مستندة الى حق سابق على البيع أو آيل اليه من البائع جاز للمشتري أن يحتبس الثمن حتى يقدم البائع كفيلاً مليئاً يضمن للمشتري رد الثمن عند ثبوت الاستحقاق وللبائع أن يطلب الى المحكمة تكليف المشتري ايداع الثمن لديها بدلا من تقديم كفيل .

٢ - ويسرى حكم الفقرة السابقة اذا تبين المشتري في المبيع عيبا قديما مضمونا على البائع .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي (٦٠٦م) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٣٦

وأحكام المادة المقترحة تتفق مع الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٩٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعي على أن « لكل من العاقلين حبس عوضه الحال ابتداء أن خاف فوته حتى يقبض مقابلة ، أما المؤجل وأن حل فليس لأحدهما حبس مقابلة حتى يقبضه » .

ونصت المادة ٨٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة على أنه : « اذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى عيبا فيه لا يجبر على دفع الثمن أن اثبت العيب أو نكل البائع عن الحلف » .

(مادة ٤٢٨)

اذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع .

هذه المادة تطابق المادة ٤٦٠ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٥٠٤ من التقنين الكويتي .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع الفقه المالكي الذي يرى أن ضمان المبيع ينتقل الى المشتري بمجرد انعقد ولو لم يقبضه من البائع .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٨٦/٢ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٥٠٦ من التقنين الكويتي .

والمادة المقترحة يتفق حكمها مع الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٢٨٥ من المجلة على أن « مطلق العقد يقتضى تسليم المبيع في المحل الذى هو موجود فيه حينئذ » . ونصت المادة ٢٨٧ على أنه « اذا بيع مال على أن يسلم في محل كذا لزم تسليمه في المحل المذكور » . ونصت المادة ٢٨٣ على أنه « فى بيع النسيئة ليس للبائع حق حبس المبيع ، بل عليه أن يسلم المبيع للمشتري على أن يقبض الثمن وقت حلول الأجل » . حيث يؤخذ من هذا النص أن تسليم المبيع فى البيع المطلق يكون عند تمام العقد .

(مادة ٤٣١)

تكون على المشتري نفقات عقد البيع ورسوم الدفعة والتسجيل ونفقات الوفاء بالثمن ونفقات تسليم المبيع ونحو ذلك من مصروفات ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تقابل المادتين ٤٦٢ و ٤٦٤ من التقنين الحالى .

فالمادة ٤٦٢ من هذا التقنين تنص على أن « نفقات عقد البيع ورسوم الدفعة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

والمادة ٤٦٤ تنص على أن « نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وقد رؤى ادماج هاتين المادتين فى مادة واحدة على النحو الوارد فى المادة المقترحة ، وازافة نفقات الوفاء بالثمن ، ما دام أن جميع النفقات المذكورة يتحملها المشتري .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٠٧ من التقنين الكويتي التى تنص على أن « يتحمل المشتري نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل ونفقات الوفاء بالثمن ونفقات تسليم المبيع وغير ذلك من مصروفات ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

وتتفق فى حكمها مع المادتين ٥٨٣ و ٥٨٧ من التقنين العراقي .

فالمادة ٥٨٣ من هذا التقنين تنص على أن « نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم وأجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التى يقتضيها البيع تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

(مادة ٤٢٩)

فى بيع العروض وغيرها من المنقولات ، اذا اتفق على ميعاد لاداء الثمن وتسليم البع ، يكون البيع مفسوخا دون حاجة الى اعدار أن لم يؤد المشتري الثمن عند حلول الميعاد اذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره .

هذه المادة تطابق المادة ٤٦١ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « لاداء الثمن » بعبارة « لدفع الثمن » ، واستبدال عبارة « ان لم يؤد المشتري الثمن » بعبارة « ان لم يدفع الثمن » .

وتقابل المادة ٥٠٩ من التقنين الكويتي التى تنص على أنه « فى بيع المنقولات اذا اتفق على ميعاد لاداء الثمن كله أو أكثره لتسلم المبيع ، كان للبائع الحق فى اعتبار البيع مفسوخا دون حاجة الى اعدار اذا لم يؤد المشتري المستحق من الثمن عند حلول الميعاد ، وذلك ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك أو كان الباقي من الثمن المستحق يسيرا » .

وتقابل المادة ٥٢٩ من التقنين الاردني التى تنص على أنه « اذا حدد فى البيع موعد لاداء الثمن واشترط فيه انه اذا لم يؤد المشتري الثمن خلاله فلا بيع بينهما ، فان لم يؤده والمبيع لم يزل فى يد البائع اعتبر البيع منفسخا حكما » .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٣١٣ من المجلة على أنه « اذا تبايعا على أن يؤدى المشتري الثمن فى وقت كذا وأن لم يؤده فلا بيع بينهما صح البيع ، وهذا يقال له خيار النقد » . ونصت المادة ٣١٤ على أنه « اذا لم يؤد المشتري الثمن فى المدة المعينة كان البيع الذى فيه خيار النقد فاسدا » .

(مادة ٤٣٠)

اذا لم يعين الاتفاق أو العرف زمانا أو مكانا لتسليم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه فى الوقت الذى يتم فيه العقد وفى المكان الذى يوجد فيه وقت البيع وأن ينقله دون ابطاء الا ما يقتضيه النقل من زمن .

هذه المادة تقابل المادة ٤٦٣ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا لم يعين الاتفاق أو العرف زمانا أو مكانا لتسليم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه وقت البيع وأن ينقله دون ابطاء الا ما يقتضيه النقل من زمن » .

وقد أضيف الى نص التقنين الحالى عبارة « فى الوقت الذى يتم فيه العقد » استكمالا للحكم .

واستبقى أحكام بيع المريض مرض الموت التي نص عليها التقنين الحالي ، فهي مأخوذة من الفقه الاسلامي . ولكنه استكمل هذه الأحكام بالنسبة الى الدائنين (م ٤٥٠ من المشروع) ، فسد بذلك نقصا في التقنين الحالي .

واستبقى أيضا أحكام بيع النائب لنفسه التي نص عليها التقنين الحالي ، مع اعتباره العقد موقوفا على اجازة من تم البيع لحسابه (م ٤٥٤ من المشروع) ، لان هذا أدق من الناحية الفنية .

واستحدث بيع السلم (م ٤٣٢ - ٤٣٧ من المشروع) . بهيئة نوع من البيع يشغل موضعا هاما في الفقه الاسلامي ، ويستجيب لحاجة التعامل على نطاق واسع في الوقت الحاضر ، سواء مع المصارف أو الشركات أو الافراد . وقد استمد المشروع تنظيمه من الفقه الاسلامي في مجموع مذاهبه ، وبذلك أمكنه أن يتحرر من بعض الشروط والقيود التي أحاطه بها المذهب الحنفي .

بيع السلم

(مادة ٤٣٢)

السلم بيع شيء ، غير موجود بشئ مقبوض في الحال ، على أن يوجد الشيء ويسلم للمشتري في أجل معلوم .

هذه المادة مستحدثة ، كما هو الشأن في جميع النصوص الخاصة بالسلم .

والسلم في الفقه الاسلامي استثناء من مبدأ عدم جواز بيع المذموم للحاجة اليه وجريان التعامل فيه .

غير أنه يلاحظ أن النبي عن بيع المذموم في هذا الفقه انما هو للغرر لا للعدم ، وأن المشروع في المادة ٢/١١٩ منه قد اشترط في التعامل في الشيء المستقبل أن يعين تعيينا نافيا للجهالة والغرر ، فتكون علة بطلان بيع المذموم قد زالت مادام أن هذا التعامل لا يجوز أن يكون احتماليا جزافا ، بحيث لا يدفع المشتري من الثمن الا بمقدار ما يأخذ من المبيع .

وفي ضوء هذا كان من الممكن عدم افراد السلم بالذكر بعد أن أصبح بيع الشيء المستقبل جائزا بوجه عام بشرط تعيينه على النحو المذكور ، لا بيع السلم فحسب .

ومع ذلك روي النص على السلم باعتباره نوعا من البيع يشغل موضعا هاما في الفقه الاسلامي ، ويستجيب لحاجة التعامل على نطاق واسع في الوقت الحاضر ، سواء مع المصارف أو الشركات أو الافراد . ويسمى المشتري « المسلم » أو « رب السلم » ، والبائع « المسلم اليه » والمبيع « المسلم فيه » ، والثمن « رأس المال » .

وقد أحاط المذهب الحنفي السلم بشروط وقبوض جعلت منه استثناء مقيدا في حدود ضيقة . نخص بالذكر منها ما يشترطه هذا المذهب من وجوب أن يكون نوع المبيع موجودا من وقت العقد الى وقت حلول الأجل ، فلا يجوز أن ينقطع فيما بين هذين الوقتين ، وما يراه من أن الأجل يسقط بموت البائع . أما المذاهب الأخرى غير المذهب الحنفي فتري غير ذلك . فلا يشترط عند مالك والشافعي عدم انقطاع المسلم فيه

والمادة ٥٨٧ تنص على أن « نفقات تسلم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة ٥٣١ من التقنين الأردني التي تنص على أن « نفقات تسليم الثمن وعقد البيع وتسجيله وغير ذلك من نفقات تكون على المشتري ، ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص في قانون خاص يقضى بغير ذلك » .

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة لنصوص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي (م ٦١٤ و ٦١٦) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٥٨ و ١٦٢ و ١٦٣ .

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامي في هذا الصدد : أنظر في هذا : ابن عابدين ج ٤ ص ٤٣ ، والمواد ٢٨٨ و ٢٨٩ و ٢٩٢ من المجلة ، والمواد ٤٦٦ و ٤٦٧ و ٤٦٨ من مرشد الحيران والمادة ٣١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابي حنيفة ومذكرتها الايضاحية .

الفرع الثاني

بعض أنواع البيوع

نظرة عامة :

عرض التقنين الحالي لبعض أنواع البيوع : وهي بيع الوفاء ، وبيع ملك الغير ، وبيع الحقوق المتنازع فيها ، وبيع التركة ، والبيع في مرض الموت ، وبيع النائب لنفسه .

وقد اعتمد المشروع حكم التقنين الحالي في بيع الوفاء ، حيث اعتبره باطلا . فلم يعتبره رهنا حيازيا كما يقول الفقه الاسلامي ، والتقنين العراقي والتقنين الكويتي . وذلك نظرا الى أن هذا الرهن يضمن غالبا قرضا برضا فاحش ، وهو ما تصعب اقامة الدليل عليه .

ونظم بيع ملك الغير باعتباره بيعا موقوفا على اجازة المالك . وهذا الحكم يفضل الى حد كبير حكم بيع ملك الغير في التقنين الحالي ، حيث يكون البيع موقوفا في حق كل من البائع والمشتري والمالك . فحكمه واحد بالنسبة الى هؤلاء جميعا ، ولا تأتي اجازته الا من جانب المالك .

وحرم بيع الحقوق المتنازع فيها (م ٤٤١ من المشروع) ، لان شراء ما فيه خصومة غير جائز شرعا . وبذلك الغى المادتين ٤٦٩ و ٤٧٠ من التقنين الحالي . كما وسع من نطاق الحظر المنصوص عليه في المادة ٤٧١ من التقنين الحالي بالنسبة الى القضاة وأعضاء النيابة والمحامين وكتبة المحاكم والمحضرين ، فجعله شاملا لكل ضروب التعامل (م ٤٤٣ من المشروع) واستبقى الحظر المنصوص عليه في المادة ٤٧٢ من التقنين الحالي بالنسبة الى المحامين في تعاملهم مع موكلهم (م ٤٤٤ من المشروع) .

ونظم بيع التركة على نحو ينتفي فيه الغرر الفاحش ، حيث أوجب تعيين مشتريات التركة تعيينا نافيا للجهالة والغرر (م ٤٤٥ من المشروع) ، وذلك على خلاف ما يقضى به التقنين الحالي الذي أجاز بيع التركة دون تفصيل لمشتريات (م ٤٧٣ من التقنين الحالي) .

(مادة ٤٣٤)

يشترط كذلك في المسلم فيه ان يكون ممكن الوجود عند حلول الأجل .

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول .

وهي مأخوذة من الفقه الاسلامي في مذاهبه المختلفة .

أنظر النصوص المشار اليها تحت المادتين السابقتين .

وأنظر أيضا المادة ٥٣٣ من التقنين الأردني التي تقدم ذكرها .

(مادة ٤٣٥)

يجب أن يكون رأس المال معلوما للمتعاقدين ، وأن يتم الوفاء به عند التعاقد .

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول .

وهي مأخوذة من الفقه الاسلامي في مذاهبه المختلفة . فقد نصت

المادة ٦/٥٤١ من مرشد الحيران على اشتراط « بيان قدر رأس المال » .

ونصت المادة ١٤٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام احمد بن حنبل على ما يأتي : « الشرط السادس أن يقبض المسلم اليه رأس مال السلم في مجلس العقد » .

ونصت المادة ٢١٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة على أنه « يشترط في رأس المال أن يكون معلوما ومقبوضا قبل التفريق » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٣٤ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « يشترط في رأس مال السلم أن يكون معلوما قدرا ونوعا وأن يكون غير مؤجل بالشرط مدة تزيد عن بضعة أيام » .

(مادة ٤٣٦)

إذا حل أجل الوفاء بالمسلم فيه ، وجب تسليمه في المكان المتفق عليه ، فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب تسليمه في المكان الذي تم فيه العقد .

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول .

وهي مأخوذة من الفقه الاسلامي في مذاهبه المختلفة .

فقد نصت المادة ١١٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أنه « إذا أجل المسلم فيه وجب على البائع أن يسلمه للمشتري في المكان الذي شرطا التسليم فيه أو في محل عقد السلم إذا لم يشترطا مكانا معينا ولا يلزم البائع بتسليمه ولا المشتري بتسلمه منه في غيرهما الا أن يرضيا بذلك » .

وأنظر كذلك م ٥٤٤ من مرشد الحيران وم ١٥٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعي .

من وقت العقد الى وقت حلول الأجل ، بل يصح السلم اذا غلب على الظن وجوده وقت الوفاء . وقد أخذ المشروع في هذا برأى الامام مالك والشافعي . كما أن المشروع لا يقضي بسقوط الاجل بموت البائع .

والنص المقترح مأخوذ من الفقه الاسلامي في مجموع مذاهبه . فقد نصت المادة ١٤٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام احمد بن حنبل على أن « السلم هو أن يسلم عينا حاضره (رأس مال السلم) في عوض موصوف في الذمة (المسلم فيه) إلى أجل » كما نصت المادة ١٠٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أن « السلم بيع شيء موصوف في الذمة مؤجل لأجل معلوم تختلف به الأسواق ويوجد فيه جنس المبيع غالبا » .

وهو يتفق في الحكم مع المادة ٥٣٢ من التقنين الأردني التي تنص على أن « السلم بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل » .

(مادة ٤٣٣)

يشترط في المسلم فيه أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة والقدر ، وأن يكون مما يمكن ضبط صفته بالوصف .

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول .

وهي مأخوذة من الفقه الاسلامي في مختلف مذاهبه . فقد نصت المادة ١٤٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام احمد على أنه « يشترط أن يكون المسلم فيه مما يمكن ضبط صفاته بالوصف » . أنظر في بقية الشروط المواد من ١٤٥ الى ١٥٠ من هذا المشروع .

ونصت المادة ٢٠٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة على أنه « يشترط في المسلم فيه بيان جنسه ونوعه وصفته ومقداره وأجله ومكان ايفائه أن كان له محل ومؤنة وكونه متمنا » . ونصت المادة ٢٠٧ على أنه « يصح السلم فيما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره » .

ونصت المادة ١٥٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعي على أنه « يشترط في السلم تسليم رأس المال في المجلس » . أنظر المواد من ١٥٥ الى ١٦١ من هذا المشروع .

والمادة المقترحة تتفق في الحكم مع المادة ٥٣٣ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« يشترط لصحة بيع السلم :

١ - أن يكون المبيع من الأموال التي يمكن تعيينها بالوصف والمقدار ويتوافر وجودها عادة وقت التسليم .

٢ - أن يتضمن العقد بيان جنس المبيع ونوعه وصفته ومقداره وزمان ايفائه .

٣ - إذا لم يعين في العقد مكان التسليم لزم البائع تسليم المبيع في مكان العقد » .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٥٣٣ / ٣ من التقنين الاردني التي تقدم ذكرها .

(مادة ٤٣٧)

إذا تعذر تسليم المسلم فيه لانقطاع جنسه عند حلول الأجل ، جاز للمسلم فسخ العقد واسترداد رأس المال .

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول .

وهي مأخوذة من الفقه الاسلامي في مذاهبه المختلفة .

فقد نصت المادة ٢٠٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة على انه « اذا انقطع المسلم فيه بعد حلول الأجل فلبس السلم الخيار بين فسخ السلم أو انتظار وجوده » .

ونصت المادة ١١٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على انه « اذا كان للمسلم فيه وقت معين ، يظهر فيه وانقطع وجوده فيه عند حلول أجله قبل أن يقبضه المشتري لزمه الانتظار الى ظهوره ثانيا ان كان تأخير القبض بسبب منه فان لم يكن بسبب منه خير بين فسخ عقد السلم أو الانتظار الى ظهوره » .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٥٣٦ من التقنين الاردني التي تنص على أنه « اذا تعذر تسليم المبيع عند حلول الأجل بسبب انقطاع وجوده لعارض طارئ كان المشتري مخيرا بين انتظار وجوده أو فسخ البيع » .

بيع الوفاء

(مادة ٤٣٨)

إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع ، وقع البيع باطلا .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٤٦٥ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا » .

وقد حذف من نص التقنين الحالي عبارة « خلال مدة معينة » للايضاح ، وذلك على اعتبار أن الحكم مطلق ، يستوي فيه أن يحدد مدة لاسترداد المبيع أولا لتحديد مدة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٣٣٣ من التقنين العراقي التي تنص على أن « بيع الوفاء يعتبر رهنا حيازا » .

وتقابل المادة ٥٠٨ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع في مقابل رد الثمن والمضروقات اعتبر العقد قرضا برهن حيازي » .

والحكم الذي ينص عليه التقنين العراقي والتقنين الكويتي ، من اعتبار بيع الوفاء رهنا حيازا ، هو ما يقول به الفقه الاسلامي (م ٤١) من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة

ومذكرتها الايضاحية ، وم ١١٨ و ٣٩٧ - ٢٩٩ من المجلة وم ٤٤٩ و ٥٥٢ من مرشد الحيران . ابن عابدين ص ٢٥٧ و ٨٥٨ و ٢٨١ .

ولكن روى الأخذ بالحكم الذي ينص عليه التقنين الحالي ، وهو أن يكون بيع الوفاء باطلا ، سواء باعتباره بيعا أو باعتباره رهنا . ذلك أن بيع الوفاء كثيرا ما يتخذ المتعاقدان ستارا لاختفاء رهن حيازي يضمن قرضا برهن فاحش . وقد يلجأ المتعاقدان الى بيع الوفاء للتخلص من بطلان شرط امتلاك المرتهن للشيء المرهون اذا لم يف الراهن بالدين . وقد يقصد المتعاقدان التخلص من قانون الخمس أفدنه فيسميان رهن الحيازة بيع وفاء . ولذلك اضطر الشارع المصري قبل صدور التقنين الحالي الى أن يصدر القانون رقم ٤٩ / ٥٠ سنة ١٩٢٣ الذي يقضي بأن العقد الموصوف بأنه بيع وفاء اذا كان واقعا على عقار ، وبين أنه رهن ، يكون باطلا سواء باعتباره بيع وفاء أو باعتباره رهنا . ولا يكفي لسد الطريق أمام ضروب الاحتيال أن يجري على بيع الوفاء أحكام الرهن الحيازي اذا كان الرهن يضمن في الواقع قرضا برهن فاحش ، وهو ما يغلب وقوعة وتصعب اقامة الدليل عليه ، وانما يكون الاجدي بطلان العقد ، سواء باعتباره بيعا أو باعتباره رهنا . وقد نصت المادة ٤٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على أنه « اذا علق أحد المتعاقدين الفسخ على رد البائع الثمن في وقت محدد ، وكان ذلك حيلة للربح في القرض ، بطل العقد والشرط ، (أنظر : كشف القناع ص ٤٢ . المنتهى ص ٢٧ . الشرح البكري ص ٥٩) . وجاء في تقرير لجنة مجلس الشيوخ عند النظر في هذه المسألة حين وضع النص ما يأتي : « تناولت اللجنة بيع الوفاء ، وقد رأت بالاجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة حيوية في التعامل ، انما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان ، تبدأ ستادا الرهن ، وينتهي الرهن الى تجريد البائع من ملكه بشمن بخس . والواقع ان من يعمد الى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع ، بل يحصل عادة على ما يحتاج اليه من مال ولو كان اقل بكثير من هذه القيمة . ويعتمد غالبا على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد ولكنه قل أن يحسن التقدير ، فاذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل ، ضاع على المبيع دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته ، وتحمل غبنا ينبغي أن يدركه القانون عنه . ولذلك روي أن تحذف النصوص الخاصة ببيع الوفاء ، وأن يستعاض عنها بنص عام يحرم هذا البيع في أية صورة من الصور . وبهذا لا يكون أمام الدائن والمدين الا الالتجاء الى الرهن الحيازي وغيره من وسائل الضمان التي نظمها القانون وأحاطها بما يكفل حقوق كل منهما ، دون أن يتسع المجال لغبن قلما يؤمن جانبه » .

(انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٧٨ و ١٧٩)

(مادة ٤٣٩)

بيع ملك الغير

من باع ملك غيره بدون إذنه ، كان بيعه موقوفا على اجازة المالك .

هذه المادة تقابل المادة ٤٦٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ١/١٣٥ من التقنين العراقي التي تنص على أن « من تصرف في ملك غيره بدون اذنه » انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك » .

وتقابل المادة ٥٥٠ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

١ - اذا باع شخص ملك غيره بغير اذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع .

٢ - ولا يسري البيع في حق مالك العين المبعة ولو اجازة المشتري «وتقابل المادة ٥٠٩ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه : « اذا باع شخص مالا لغيره فان الملكية لا تنتقل الى المشتري الا اذا آلت الى البائع أو أقر المالك البيع » .

انظر في الفقه الاسلامي المواد ١١١ و ١١٢ و ٣٦٨ و ٣٧٧ من المجلة، والمادتين ٣٥٥ و ٣٩٦ من مرشد الحيران ، والمادتين ١٤٩ و ١٥٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام احمد بن حنبل ومذكرتها الايضاحية .

(مادة ٤٤٠)

١ - اذا اجاز المالك البيع اعتبرت الاجازة توكيلا ، فيصير البيع نافذا .

٢ - وكذلك يصير البيع نافذا اذا آلت ملكية البيع الى البائع بعد صدور العقد .

هذه المادة تقابل المادة ٤٦٧ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - اذا أقر المالك البيع ، سري العقد في حقه ، وانقلب صحيحا في حق المشتري .

٢ - وكذلك ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري اذا آلت ملكية البيع الى البائع بعد صدور العقد . .

وتختلف المادة المقترحة عن هذه المادة في الصياغة مراعاة للاخذ بفكرة العقد الموقوف .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ١٣٥ / ٢ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « فاذا اجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلا ويطالب الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه من العاقد الآخر » .

وتقابل المادة ٥٥١ من التقنين الاردني التي تطابق المادة ٢٦٧ من التقنين المصري الحالي .

١ - اذا باع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه ، اجاز للمشتري أن يطلب ابطال البيع ، ويكرن الامر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل .

٢ - وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك لعين المبعة ولو اجاز المشتري العقد .

والحكم الوارد في المادة المقترحة تطبيق للقاعدة التي أخذ بها المشروع فيما يتعلق بالعقد الموقوف . فقد نصت المادة ١٢٧ من المشروع على أن « يكون العقد موقوف النفاذ على الاجازة اذا كان تصرفا في ملك الغير بدون اذنه » . ونصت المادة ٣/١٢٤ من المشروع على أنه اذا كان العقد موقوفا لكونه تصرفا في ملك الغير بدون اذنه : كانت اجازته للمالك .

حيث اعتمد المشروع فكرة العقد الموقوف التي يأخذ بها الفقه الاسلامي بدلا من فكرة العقد القابل للابطال التي يأخذ بها التقنين الحالي وغيره من التقنينات العربية فيما عدا التقنين العراقي والتقنين الاردني .

ويختلف العقد الموقوف عن العقد القابل للابطال في أن هذا الاخير ينشأ صحيحا منتجا لانثاره الى أن يطلب ابطاله فيبطل أو تلحقه الاجازة فيبطل صحيحا بصورة نهائية ، بينما ينشأ العقد الموقوف صحيحا ولكنه لا ينتج آثاره فتظل هذه الآثار موقوفة الى أن ينقض العقد فيبطل أو تلحقه الاجازة فينفذ .

ومن ثم فإن فكرة العقد الموقوف تفضل فكرة العقد القابل للابطال في أن العقد الذي يشوبه انعدام الولاية على المحل يحسن أن يقف حتى تلحقه الاجازة ، فهذا أولى من أن ينفذ حتى يطلب ابطاله ، وذلك لملافاة التعقيدات التي تنشأ بعد نفاذه .

وبناء على ذلك جعل المشروع بيع ملك الغير بدون اذنه موقوفا على اجازة المالك . وهذا الحكم يفضل الذي تحد كبير حكم بيع ملك الغير في التقنين الحالي وغيره من التقنينات العربية فيما عدا التقنين العراقي والتقنين الاردني . فبيع ملك الغير في التقنين الحالي وغيره من التقنينات التي أخذت بالتصوير اللاتيني حكمه مضطرب ولا يتفق مع القواعد العامة . فهو نافذ في حق البائع ، وقابل للابطال بالنسبة الى المشتري بمقتضى نص خاص ، وغير نافذ في حق المالك ، وللمالك أن يقره فيصبح بهذا الاقرار نافذا في حقه وصحيحا في حق المشتري .

بينما في ضوء فكرة العقد الموقوف يكون حكم البيع واحدا بالنسبة الى كل من البائع والمشتري والمالك ، فهو موقوف في حقهم جميعا ولا تأتي اجازته الا من جانب المالك ، فاذا صدرت هذه الاجازة أصبح العقد نافذا في حق الجميع (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ٣٠٥-٣٠٧ . انظر المذكرة الايضاحية للمادتين ١٢٧ ، ١٢٨ من المشروع) . فاذا اجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلا العراقي التي تنص على ما يأتي :

وتقابل المادة ٥٠٩ من التقنين الكويتي التي تقدم ذكرها تحت
المادة السابقة .

انظر في الفقه الاسلامي المادتين ٣٧٧، ٣٧٨ من المجلة، والمادة ٣٩٧
من مرشد الحيران ، والمادة ١٥٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية
على مذهب الامام ابي حنيفة ومذكرتها الايضاحية .

وقد جاء في الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ١٢: «وقف ملك غيره، أي
بيع ملك غير البائع ، على رضاه ، أي رضى مالكة، إذا لم يعلم المشتري
بأن البائع فضولي ، بل وأن علم المشتري بذلك . وهو لازم من جهته
منحل من جهة المالك ، والغاصب إذا باع المصوب قبل ملكه من ربه
(فليس له) نقض ما باعه أن اشتراه من المصوب منه بعد أن باعه أو
ملكه بهبه أو صدقة .»

وعلى هذا يتخرج حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

(مادة ٤٤١)

إذا لم يجز المالك البيع بطل العقد . وفي هذه الحالة يجوز
للمشتري ، إذا كان يجهل أن البيع غير مملوك للبائع ، أن يطالب
بتعويض إذا كان البائع سيئ النية .

هذه المادة تقابل المادة ٤٦٨ من التقنين الحالي التي تنص على أنه
«إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك
للبيع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية .»

وقد أدخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - تقرير أن البيع يبطل إذا لم يجزه المالك . فإبطال البيع يأتي
نتيجة لعدم إجازته من جانب المالك ، وليس بناء على طلب المشتري
ويستطيع المشتري ، بمقتضى القاعدة المقررة بالنسبة إلى العقد الموقوف
في المادة ١٢٩ من المشروع ، أن يطلب من المالك إعلان موقفه بإجازة
البيع أو رفضها خلال مهلة يعطيها له لا تقل عن ثلاثة أشهر . فإذا أجاز
البيع خلال هذه المهلة نفذ العقد ، وإذا رفض الإجازة بطل العقد،
وإذا لم يعلن موقفه بالإجازة أو الرفض اعتبر سكوته إجازة .

وللمشتري ، وفقا للقواعد العامة ، أن يطلب إبطال البيع بسبب
الغلط ، أو يطلب فسخه بسبب عدم قيام البائع بالتزامه ، أو يرجع
على البائع بضمان الاستحقاق إذا تعرض له المالك الحقيقي .

٢ - إعطاء المشتري حق المطالبة بتعويض إذا كان حسن النية
بأن كان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، وكان البائع في الوقت ذاته
سيئ النية بأن كان يعلم أن المبيع غير مملوك له وذلك على خلاف ما يقضى
به نص التقنين الحالي الذي لا يشترط لطلب التعويض سوى حسن نية
المشتري ، فإذا توفر هذا الشرط التزم البائع بالتعويض ولو كان حسن
النية .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٣٥ / ٣ من التقنين العراقي التي
تنص على ما يأتي : « وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي ، بطل التصرف،
وإذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولي البديل فله الرجوع عليه به .
فإن هلك البديل في يد الفضولي بدون تعد منه ، وكان العاقد الآخر قد
أداء عالما أنه فضولي ، فلا رجوع له بشيء منه .»

انظر في الفقه الاسلامي المادة ٣٩٨ من مرشد الحيران .

فقد فرقت بين ما إذا كان المشتري يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ،
وما إذا كان يعلم ذلك ، فأجازت له في الحالة الأولى أن يرجع على البائع
بالثمن إن كان قائما وبمثله إن كان هالكا ، وأما في الحالة الثانية فلا
رجوع نه إذا هلك الثمن . وتخريجا على هذا وأعمالا للقاعدة العامة
في الضمان تقرر للمشتري الحق في المطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر
إذا كان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، وكان البائع سيئ النية .

بيع الحقوق المتنازع فيها

(مادة ٤٤٢)

١ - يقع باطلا بيع الحقوق المتنازع فيها .
٢ - ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به
دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي .

هذه المادة تقابل المادتين ٤٦٩ و ٤٧٠ من التقنين الحالي .
فالمادة ٤٦٩ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - « إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى
شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى
المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن
من وقت الدفع .»

٢ - « ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به
دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي .»

والمادة ٤٧٠ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« لا تسرى أحكام المادة السابقة على ما يأتي :

(أ) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت
جزائرا بثمن واحد .

(ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين ورثة أو ملاك وبيع
أحدهم نصيبه من الآخر .

(ج) إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للمدين المستحق
في ذمته .

(د) إذا كان الحق المتنازع فيه يشغل عقارا وبيع الحق للعقار ،
وقد روى الفاء هاتين المادتين ، والنص في المادة المقترحة
على بطلان بيع الحقوق المتنازع فيها ، لأن شراء ما فيه
خصومه غير جائز شرعا . فقد جاء في شرح التناودي
للحنفية : « وأما يجوز بيع الدين لغير من هو عليه ، مع
حضور المدين وإقراره وأن كان عليه بينة ، لأنه قد يظعن
فيها أو يدعى القضاء فيكون من شراء ما فيه خصومة وهو
منعوع على المشهور ... »

وتطابق المادة ٥٩٦ من التقنين العراقي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين
المصري الحالى (م ٦٣٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٠٣ - ٢٠٥ .

وانظر المذكرة الايضاحية للمادة السابقة .

بيع التركة .

(مادة ٤٤٥)

يجب فى بيع التركة ان تعين مشتملاتها تعيينا نافيا للجهالة والغرر ،
بحيث يتضمن هذا التعيين بياناً وافياً لما فيها من عقارات ومنقولات
ومالها من حقوق وما عليها من ديون .

هذه المادة تقابل المادة ٤٧٣ من التقنين الحالى التى تنص على أن
« من باع تركة ، دون أن تفصل مشتملاتها ، لا يضمن الا ثبوت وراثته ،
ما لم يتفق على غير ذلك » .

وقد روى أن يكون الحكم فى المادة المقترحة على خلاف ما يقضى به
نص التقنين الحالى . إذ أن بيع التركة ، دون تفصيل مشتملاتها ، ينطوى
على غرر فاحش يخرجها عن الأصول الشرعية المقررة .

ف عناصر التركة يجب أن تكون معلومة للمشتري على النحو المذكور
فى المادة المقترحة حتى لا يفاجأ أى من الطرفين بما لم يكن فى حسبانته .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٤١ من التقنين الأردنى التى تتفق
فى حكمها مع نص التقنين الحالى .

وتقابل المادة ٥١٦ من التقنين الكويتى التى تتفق فى حكمها مع
نص التقنين الحالى .

(مادة ٤٤٦)

إذا بيعت تركة ، فلا يسرى البيع فى حق الغير الا اذا استوفى المشتري
الاجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة . فاذا نص القانون
على اجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب كذلك أن تستوفى
هذه الاجراءات .

هذه المادة تطابق المادة ٤٧٤ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ٥٤٢ من التقنين الاردنى التى تنص على أن « على
المشتري اتباع الاجراءات التى يوجبها القانون لنقل كل حق اشتملت
عليه الحصة الأثرية محل التنازع » .

(انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين
الحالى (م ٦٤٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية (ج ٤ ص ٢٠٩ - ٢١٠) .

والسند اشرعى للمادة المقترحة أنها تتضمن تطبيقاً لنقل الحقوق
والاحتجاج بها على الغير تقتضيه مصلحة حفظ الحقوق ورفع النزاع .

(التاودى على التحفه ج ٢ ص ٤٧) .

ذلك أن المشتري الذى يقدم على شراء حق متنازع فيه إنما يخاطر
بما يبذله فيه من الثمن ، حيث لا يضمن البائع له وجود هذا
الحق ، وإنما هو يبيع مجرد ادعاء ، الامر الذى يجعل الصفقة
منطوية على غرر جسيم . هذا الى أن الاسترداد فى هذه الحالة بمثابة
نزع للملك بدون سند شرعى .

والمادة المقترحة تقابل المادتين ٥٩٣ و ٥٩٤ من التقنين العراقي
اللتين تتفقان مع المادتين ٤٦٩ و ٤٧٠ من التقنين المصرى الحالى .
وتقابل المادتين ٥١٠ و ٥١٢ من التقنين الكويتى اللتين تتفقان مع
المادتين ٤٦٩ و ٤٧٠ من التقنين المصرى الحالى .

(مادة ٤٤٣)

لا يجوز للقضاة ولا لاعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم
ولا للمحضرين ان يتعاملوا ، لا باسمائهم ولا باسماء مستفارة ، فى
الحقوق المتنازع فيها ، اذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص
المحكمة التى يباشرون اعمالهم فى دائرتها ، والا كان العقد باطلا .

هذه المادة تقابل المادة ٤٧١ من التقنين الحالى التى تنص على
ما يأتى : « لا يجوز للقضاة ولا لاعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة
المحاكم ولا للمحضرين ان يشتروا ، لا باسمائهم ولا باسم مستعار ،
الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، اذا كان النظر فى النزاع يدخل
فى اختصاص المحكمة التى يباشرون اعمالهم فى دائرتها ، والا كان
العقد باطلا » .

وقد عدل هذا النص على نحو يجعله اوسع نطاقاً مما هو وارد
فيه . فبمقتضى المادة المقترحة لا يقتصر التحريم على شراء الحق
المتنازع فيه ، بل يشمل كل صروب التعامل فى هذا الحق . فلا يجوز
لأى من المذكورين فى هذه المادة ان يشتري الحق ، ولا ان يقايض
عليه ، ولا ان يوهب له ، ولا ان يشارك فيه ولا ان يقتضيه .

والخطر هنا يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام ، لأنه يعتبر
شروعاً من قبيل سد الذرائع ، حتى لا يكون التعامل ذريعة لمفسدة
الرشوة . هذا الى ما هنالك من شبهة استغلال النفوذ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٩٦ من التقنين العراقي التى تطابق
المادة ٤٧١ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٥١٣ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين
الحالى (م ٦٣٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤
ص ٢٠٣ - ٢٠٥ .

(مادة ٤٤٤)

لا يجوز للمحامين ان يتعاملوا مع موكلهم فى الحقوق المتنازع فيها
اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء اكان التعامل باسمائهم
ام باسماء مستعارة ، والا كان العقد باطلا .

هذه المادة تطابق المادة ٤٧٢ من التقنين الحالى .

(مادة ٤٤٧)

إذا استوفى البائع بعض ما للتركة من الحقوق ، أو باع شيئاً مما اشتملت عليه أو تبرع به أو استهلكه ، وجب أن يرد للمشتري ما استولى عليه بقيمة ما تبرع به أو استهلكه ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد .

هذه المادة تقابل المادة ٤٧٥ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون ، أو باع شيئاً مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشتري ما استولى عليه ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد » .

وقد أدخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - استبدلت عبارة « إذا استوفى البائع » بعبارة « إذا كان البائع قد استوفى » .

٢ - استبدلت كلمة « الحقوق » بكلمة « الديون » .

٣ - أضيف إلى النص حالتان أخريان يشملهما الحكم ، وهما حالة التبرع بشيء اشتملت عليه التركة وحالة استهلاك هذا الشيء . وقد اقتضت هذه الإضافة أن يشار إلى التزام المشتري برد قيمة ما تبرع به أو استهلكه .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥١٧ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الحقوق أو باع شيئاً مما اشتملت عليه أو استهلكه ، وجب أن يرد للمشتري ما استولى عليه بقيمة ما استهلكه ، ما لم يكن قد اشترط عند البيع عدم الرد » .

(انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٦٤١) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٢١٣) .

والسند الشرعي للنص المقترح أن البائع حين يستوفى حقا للتركة أو يبيع شيئاً مما اشتملت عليه ، أو يتبرع به أو يستهلكه إنما يتصرف فيما لاحق له فيه ، فيجب عليه رده إلى المشتري ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد .

(مادة ٤٤٨)

يُرد المشتري للبائع ما وفاء هذا من ديون التركة ، ويحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٤٧٦ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥١٨ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « يرد المشتري للبائع ما يكون قد وفاء من ديون التركة ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره » . ولا يخل بيع الوارث لحصته بما عساه أن يكون له من حقوق على التركة .

(انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٦٤٢) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢١٣) . والسند الشرعي للمادة المقترحة هو أن ما يوفيه البائع من ديون

التركة يعتبر أداء لدين على غيره يحق له أن يستوفيه من المشتري . وما يكون البائع دائناً به للتركة يحق له كذلك أن يستوفيه من المشتري . وسواءً ذال ما لم يكن هناك اتفاق على غيره .

البيع في مرض الموت :

(مادة ٤٤٩)

١ - إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ، فإن البيع ينفذ في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة ، داخلاً فيها المبيع ذاته .

٢ - أما إذا كانت هذه الزيادة تتجاوز ثلث التركة ، فإن البيع فيما يتجاوز الثلث لا ينفذ في حق الورثة إلا إذا أجازوه أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين .

٣ - ويسرى على بيع المريض مرض الموت في هذا الصدد أحكام المادة ٩٩٥ .

هذه المادة تطابق المادة ٤٧٧ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ١/٥١٩ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « يسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩٥٤ » .

وتقابل المادة ١/١١٠٩ من التقنين العراقي التي تنص على أن « كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت ، مقصود به التبرع أو المحاباة ، يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت » . وتسرى عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطى له .

وتقابل المادتين ١/٥٤٤ و ٥٤٥ من التقنين الأردني :

فالمادة ١/٥٤٤ من هذا التقنين تنص على أن « بيع المريض شيئاً من ماله لأحد ورثته لا ينفذ ما لم يجزه باقي الورثة بعد موت المورث » .

والمادة ٥٤٥ تنص على ما يأتي :

١ - « بيع المريض من أجنبي بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت نافذ في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته » .

٢ - « أما إذا تجاوزت هذه الزيادة ثلث التركة فلا ينفذ البيع ما لم يقره الورثة أو يكمل المشتري ثلث قيمة المبيع وإلا كان للورثة فسخ البيع » .

وأحكام الفقرتين الأولى والثانية من المادة المقترحة مأخوذة من الفقه الإسلامي : انظر هذه الأحكام على مذهب الإمام أبي حنيفة في المواد ٣٩٣ - ٣٩٥ من المجلة ، والمواد ٣٥٨ - ٣٦١ من مرشد الحيران .

(مادة ٤٥٠)

إذا باع المريض مرض الموت بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ، وكانت التركة مستغرقة بالدين ، فلا ينفذ البيع في حق الدائنين إلا إذا أجازوه أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثمن إلى ما يساوي قيمة المبيع .

وتطابق الفقرة الأولى من المادة ٥٤٧ من التقنين الأردني .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « وفي هذه الحالة يجوز لدائني التركة المستغرفة بالديون الرجوع على المشتري من المريض بالفرق بين الثمن وقيمة المبيع وللورثة هذا الحق إذا كان المشتري أحدهم ، وإن كان أجنبيا وجب عليه رد ما يكمل ثلثي قيمة المبيع للتركة » .

بيع النائب لنفسه

(مادة ٤٥٢)

لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري لنفسه ، مباشرة أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزااد العلني ، ما نيظ به يبعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك باذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه في قوانين أخرى .

هذه المادة تطابق المادة ٤٧٩ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٥٤٨ من التقنين الأردني .

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة ٥٩٢ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة ٦٢ من التقنين الكويتي التي تقدم ذكرها .

وحكم المادة المقترحة مأخوذ من الفقه الاسلامي : أنظر في مذهب الامام أبي حنيفة المادة ١٤٩٦ من المجلة .

ويعتبر هذا الحكم تطبيقا للقاعدة العامة الواردة في المادة ٩٣ من المشروع التي لاتجيز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر .

(مادة ٤٥٣)

لا يجوز للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال الموهود اليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها ، ولو بطريق المزااد العلني ، سواء أكان الشراء باسمائهم أم باسماء مستعارة .

هذه المادة تطابق المادة ٤٨٠ من التقنين الحالي مع إضافة عبارة « ولو بطريق المزااد العلني » .

وتطابق المادة ٥١٤ من التقنين الكويتي فيما عدا الإضافة المذكورة .

هذه المادة مستحدثة .

فإذا باع المريض مريض الموت بثمن يقل عن ثمن المثل ، وثابت التركة مستغرفة بالدين ، فلا ينفذ البيع في حق الدائنين ، ولو أجاز الوارثة . إذا أن حق الدائنين مقدم على حق الوارثة ، فلا تركه الا بعد سداد الدين . فإذا أجاز الدائنون البيع أو رد المشتري الى التركة الفرق بين الثمن الذي تم به البيع وثمن المثل ، نفذ البيع في حق الدائنين .

وهذا الحكم مجمع عليه في مذاهب الفقه الاسلامي : أنظر هذا الحكم في مذهب الامام أبي حنيفة في المادة ٣٩٥ من المجلة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٤٦ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « لا ينفذ بيع المريض لأجنبى بأقل من قيمة مثله ولو بغين يسير في حق الدائنين إذا كانت التركة مستغرفة بالديون والمشتري دفع ثمن المثل والا جاز للدائنين فسخ البيع » .

(مادة ٤٥١)

١ - لا تسري احكام المادتين السابقتين اضراما بالغير حسن النية اذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة .

٢ - وفي هذه الحالة يلتزم المشتري من المريض بأن يرد للتركة ما يفي بتكملة ثلثي قيمتها بالنسبة الى الورثة ، او ما يفي بتكملة الثمن الى ما يساوي قيمة المبيع بالنسبة الى الدائنين ، بصليب الأحوال .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق المادة ٤٧٨ من التقنين الحالي .

أما الفقرة الثانية فمستحدثة . وقد اضيفت لبيان ما يكون على المشتري أن يرد الى التركة في حالة ما اذا كسب الغير حسن النية حقا عينيا على العين المبيعة بعوض ، حيث يجب ألا يضار هذا الغير . فإذا لم تكن التركة مستغرفة بالدين ، كان على المشتري أن يرد الى التركة ما يفي بتكملة ثلثي قيمتها للمحافظة على حقوق الورثة أعمالا لحكم الوصية . وإذا كانت التركة مستغرفة بالدين ، فلا يتعلق الأمر حينئذ بحقوق للورثة ، حيث لاتكون هناك تركة ، وإنما يكون المقصود هو المحافظة على حقوق الدائنين الذين تتقدم حقوقهم على حقوق الورثة ، فيكون على المشتري أن يرد الى التركة الفرق بين الثمن الذي تم به البيع وثمن المثل .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تطابق الفقرة الثانية من المادة ٥١٩ من التقنين الكويتي التي تطابق المادة ٤٧٨ من التقنين المصري الحالي .

الطرفين بنقل الملكية . مع أن التعريف يجب أن يتناول العناصر المكونة للعقد ، وهي تتركز في اتجاه ارادة الطرفين الى تحقيق عملية قانونية معينة ، هي محل العقد . والعملية القانونية المقصودة من المقايضة هي انتقال ملكية مال ليس من النقود من كل من المتعاقدين الى الآخر على سبيل التبادل . حيث يرتب عقد المقايضة التزامات على عاتق كل من الطرفين ، وهذه الالتزامات ترمى في مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد .

ولهذا جاء في التعريف المقترح أن مقتضى عقد المقايضة هو انتقال ملكية مال ليس من النقود من كل من المتعاقدين الى الآخر على سبيل التبادل .

وكما تقدم في خصوص تعريف البيع ، فإن المشروع يأخذ في تعريفه المقترح بالتصوير الذي يقول به الفقه الاسلامي ، وهو أن الملك ينتقل بالعقد .

(انظر المذكرة الايضاحية للمادة ٢٨٢ من المشروع) .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٥٥٢ من التقنين الأردني التي تنص على أن « المقايضة مبادلة مال أو حق مالي بعوض من غير النقود »

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٢٠ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « المقايضة مبادلة مال بمال لا يكون أحدهما نقداً » .

والتعريف المقترح يتفق مع ما يقول به الفقه الاسلامي . ففي مذهب الامام أبي حنيفة تنص المادة ١٢٢ من المجلة على أن « بيع المقايضة بيع العين بالعين أي مبادله مال بمال غير النقدين » .

(مادة ٤٥٦)

إذا كان للأشياء المتقايف فيها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين ، جازاً تعويض الفرق في القيمة بمعدل من النقود .

هذه المادة تطابق المادة ٤٨٣ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي على النحو المذكور في المتن ، حيث تنص على أنه « إذا كان للأشياء المتقايف فيها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين ، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلاً » .

وتطابق المادة ٥٩٩ من التقنين العراقي فيما عدا التعديل اللفظي المشار اليه ، وهي تطابق المادة ٤٨٣ من التقنين المصري الحالي .

وتطابق المادة ٥٤٩ من التقنين الأردني فيما عدا الاضافة المذكورة وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة ٥٩٢ من التقنين العراقي .

ويعتبر الحكم الوارد في المادة المقترحة تكملة طبيعية لحكم المادة السابقة . فإن كان لدى السمسار أو الخبير توكيل كان حكمه حكم الوكيل ، فلا يجوز له شراء ما وكل في بيعه . وأن لم يكن لديه توكيل كان عقده تصرفاً في ملك الغير بدون أذنه . وفي الحالين يكون العقد موقوفاً على أجازة المالك .

(مادة ٤٥٤)

يكون العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين موقوفاً على أجازة من تم البيع لحسابه .

هذه المادة تقابل المادة ٤٨١ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « يصبح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازته من تم البيع لحسابه » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٥١٨ من التقنين الكويتي التي تتناول حظر الشراء على السمسارة والخبارة ، فتتضمن على أنه « يصبح العقد في هذه الأحوال إذا أقره من تم البيع لحسابه » .

وقد رؤى الأخذ في هذا الصدد بفكرة العقد الموقوف المعروف في الفقه الاسلامي . فهذا أدق من الناحية الفنية . فعقد الشراء الذي يبرمه النائب أو السمسار أو الخبير لنفسه في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين يتعقد موقوفاً على أجازة من تم البيع لحسابه ، فإن أجازة نفذ وإن لم يجزه بطل .

الفصل الثاني

المقايضة

(مادة ٤٥٥)

المقايضة عقد تنتقل بمقتضاه من كل من المتعاقدين الى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود .

هذه المادة تقابل المادة ٤٨٢ من التقنين الحالي التي تنص على أن « المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل الى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود » .

أنه يعرف المقايضة بالاثار الذي يترتب عليها ، وهو التزام كل من وكما سبق القول في تعريف البيع ، فانه يؤخذ على التقنين الحالي

(مادة ٤٥٨)

مصروفات عقد المفاضلة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتفاضلان مناصفة ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

• هذه المادة تطابق المادة ٤٨٤ من التقنين الحالي

• وتطابق المادة ٦٠٠ من التقنين العراقي

• وتطابق المادة ٥٥٥ من التقنين الأردني

• وتطابق المادة ٥٢٣ من التقنين الكويتي

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن كلا من المتعاقدين في حكم المشتري للعين التي أخذها ، فتكون النفقات مناصفة بينهما .

الفصل الثالث

الهبة

(١) أركان الهبة

(مادة ٤٥٩)

١ - الهبة عقد تنقل بمقتضاه ملكية شيء أو حق مالي آخر دون عوض .

٢ - ويجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين .

• هذه المادة تقابل المادة ٤٨٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

• ١ - الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض .

• ٢ - ويجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين .

وقد روعي في تعريف الهبة في الفقرة الأولى من المادة المقترحة إبراز محل العقد ، وهي العملية القانونية المقصودة من الهبة ، وذلك على نسق ما تقدم في خصوص عقد البيع ، وما يراعيه المشروع كذلك بالنسبة إلى العقود الأخرى . فالعملية القانونية المقصودة من الهبة هي انتقال ملكية شيء أو حق مالي آخر من الواهب إلى الموهوب له دون عوض ، وهي العنصر الجوهرى الذى يجب أن يظهر في تعريف الهبة (أنظر النظرة العامة التي تقدم ذكرها عن العقود المسماة) .

ولا يختلف التعريف الوارد في المادة المقترحة في معناه عن التعريف الوارد في نص التقنين الحالي ، لأن التصرف في المال دون عوض يعنى انتقال

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٢١ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « إذا تفاوتت قيمة البدلين في تقدير المتفاضلين ، جاز تعويض فرق القيمة بمعدل من النقود » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٥٤ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « لا يخرج المفاضلة عن طبيعتها إضافة بعض النقود إلى إحدى السلعتين للتبادل » .

والسند الشرعي للمادة المقترحة ما اتفق عليه الفقهاء من جواز بيع عين بعين ونقد .

(مادة ٤٥٧)

تسرى على المفاضلة أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المفاضلة . ويعتبر كل من المتفاضلين بائعا للشيء الذى قاىض به ، ومشتريا للشيء الذى قاىض عليه .

• هذه المادة تطابق المادة ٤٨٥ من التقنين الحالي

• وتطابق المادة ٥٢٢ من التقنين الكويتي

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٩٧ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

• ١ - لكل من البدلين في المفاضلة حكم البيع ، فتعتبر فيها شروطه . وآن وقعت منازعة في أمر التسليم لزم أن يسلم ويتسلم كل من المتفاضلين معا .

• ٢ - ويعتبر كل من المتفاضلين بائعا للشيء الذى قاىض به ، ومشتريا للشيء الذى قاىض عليه .

وتتفق في حكمها مع المادتين ٥٥٣ و ٥٥٦ من التقنين الأردني :

المادة ٥٥٣ من هذا التقنين تنص على أن « يعتبر كل من المتبايعين في بيع المفاضلة بائعا ومشتريا في وقت واحد » .

والمادة ٥٥٦ تنص على أن « تسرى أحكام البيع المطلق على المفاضلة فيما لا يتعارض مع طبيعتها » .

وحكم المادة المقترحة مأخوذ من الفقه الإسلامى : أنظر في المذهب

الحنفى المادة ٣٧٩ من المجلة .

(مادة ٤٦٠)

١ - يلزم في الهبة قبول الموهوب له أو نائبه .

٢ - فإذا كان الموهوب له جنينا ، كان قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب ممن له الولاية على ماله .

٣ - وإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه ، ناب عنه في قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب .

هذه المادة تقابل المادة ٤٨٧ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :
« ١ - لا تتم الهبة الا اذا قبلها الموهوب له أو نائبه .

٢ - فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه ناب عنه في قبول الهبة وقبض الموهوب . »

فالفقرة الأولى من المادة المقترحة تقابل الفقرة الأولى في نص التقنين الحالي .

والفقرة الثالثة من المادة المقترحة تطابق الفقرة الثانية من نص التقنين الحالي .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فمستحدثة . وقد قصد بإيرادها - مع الخلاف القائم فيما يتعلق بجواز الهبة للجنين . فالرأي الذي يقول بعدم جوازها يستند إلى أن الجنين لا يقدر على القبول وليس له ولي يقبل عنه . وقد أصبحت هذه الحجة مردودة بعد أن نص قانون الولاية على المال على جواز إقامة وصي على الحمل المستكن ، سواء كان وصيا مختارا أو معيناً من قبل المحكمة (١/٢٨م و ٢ و ٢٩/١) . وهذا يتسق مع الحكم الذي يقرره قانون الوصية من أنه « إذا كان الموصي له جنينا أو قاصرا أو محجورا عليه ، يكون قبول الوصية ممن له الولاية على ماله بعد إذن » (١/٢٠م) .

وسيجيء أن الفقه الاسلامي في مذهب الامام مالك يجيز الهبة للجنين .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٥٨ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - تنعقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم بالقبض .

٢ - يكفي في الهبة مجرد الايجاب اذا كان الواهب ولي الموهوب له أو وصيه والشيء الموهوب في حوزته ، وكذا لو كان الموهوب له صغيرا يقوم الواهب على تربيته » .

وتقابل المادتين ٦٠٤ و ١/٦٠٥ من التقنين العراقي .

فالمادة ٦٠٤ من هذا التقنين تنص على أن « يملك الصغير المال الذي وهبه اياه وليه أو من هو في حجره بمجرد ايجاب الواهب مادام انال في يده أو كان وديعه أو عاريه عند غيره ولا يحتاج إلى القبض » .

والمادة ١/٦٠٥ تنص على أنه « اذا وهب شيء لصبي غير مميز ، قام مقامه وليه أو من هو في حجره » .

ملكية شيء أو حق مالي آخر دون عوض ، ولكن المشروع آخر الصيغة المقترحة جريا على خطته في ابراز محل العقد .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من المادة ٤٨٦ من التقنين الحالي ، مع استبدال كلمة « يشترط » بكلمة « يفرض » .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المواد ٦٠١ / أو ٦١١ و ٦١٣ من التقنين العراقي .

فالمادة ١/٦٠١ من هذا التقنين تنص على أن « الهبة هي تملك مال لآخر بلا عوض » .

والمادة ٦١١ تنص على أن « تصح الهبة بشرط العوض ويعتبر الشرط » .

والمادة ٦١٣ تنص على أن « تنتقل بالهبة ملكية الموهوب إلى الموهوب له » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٥٧ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - الهبة تملك مال أو حق مالي لآخر حال حياة المالك دون عوض .

٢ - ويجوز للواهب ، مع بقاء فكرة التبرع ، أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين ، ويعتبر هذا الالتزام عوضا » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٢٤ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « الهبة عقد على تملك مال في الحال بغير عوض » .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة حكمها مأخوذ من الفقه الاسلامي على مذهب الامام أبي حنيفة ، ومذهب الامام مالك : م ٨٣٣ من المجلة ، وم ٧٧ من مرشد الحيران ، وم ٣٥١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية . على مذهب الامام أبي حنيفة ، وم ٥٢٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

(انظر في المذهب الحنفي : ابن عابدين ج ٤ ص ٥٣٠ و ٥٣١ ، ومجمع الانهر ج ٢ ص ٣٥٢ .

وانظر في المذهب المالكي : الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ٣٤٢ و ٣٤٣ ، والشرح الكبير وحاشيته ج ٤ ص ٨٧ و ٩٠) .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة حكمها مأخوذ من الفقه الاسلامي على مذهب الامام أبي حنيفة ، ومذهب الامام مالك : م ٨٥٥ من المجلة ، وم ٧٧ من مرشد الحيران ، وم ٣٦٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة ، وم ٥٤٦ و ٥٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

(انظر في المذهب الحنفي : ابن عابدين ج ٤ ص ٥٤٢ .

وانظر في المذهب المالكي : الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ٣٠٥ و ٣٥٠ ، والشرح الكبير وحاشيته ج ٤ ص ١٠٢ و ١٠٣) .

(انظر كذلك المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي (٦٥٩م) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٤٤) .

٢ - ويعتبر العقد قد تم ولو بقي الشيء في يد الواهب اذا كان وليا أو وصيا أو قيما أو قائما على تربية الموهوب له .

وفي الفقه الاسلامي عند الحنفية لا ينتقل ملك الموهوب الا بالقبض ، اما قبل القبض فتصح الهبة ولكنها تكون هبة غير لازمة (البدائع ج ٣ ص ١٢٢ . الهداية على هامش فتح القدير ج ٧ ص ١١٣ - ١١٧) .

وعند الشافعية والحنابلة ، لا تلزم الهبة ولا ينتقل الملك الا بالقبض باذن الواهب (المذهب ج ٢ ص ٤٤٧ . الفنى ج ٥ ص ٥٩١ - ٥٩٣) .

وعند المالكية يستطيع الموهوب له أن يجبر الواهب على التسليم ، وله أن يقبض الهبة بغير اذن الواهب . وهذا مبني على القول المشهور عندهم من أن الموهوب له يملك الشيء الموهوب بمجرد العقد (انظر مادة ٥٣٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ومذكرتها الايضاحية) . وبهذا الرأي أخذ المشروع .

وطبقا للنص المقترح ، وهو حكم التقنين الحالي ، يلزم لانعقاد الهبة : فوق الايجاب والقبول ، أن تكون بورقة رسمية ، سواء في العقار أو المنقول ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر . ولا تتم هبة العقار الا اذا كانت بورقة رسمية . ويجوز أن تتم هبة المنقول بالقبض دون حاجة الى ورقة رسمية . فكما تتم هبة المنقول بالورقة الرسمية يجوز أيضا أن تتم بالقبض ، وفي هذه الحالة يغني القبض عن الورقة الرسمية . وليست هناك طريقة محددة للقبض ، فالنص مطلق ، وبذلك يصبح قبض الهبة معادلا لتسليم المبيع .

والسند الشرعي للنص المقترح فيما يتعلق بالرسمية هو مصلحة حفظ المال ورفع الخصومة .

وقد اغفل المشروع النص على ما تقتضيه المادة ٤٨٩ من التقنين الحائى من أنه « اذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة ليعيب في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » . ذلك أن الهبة عقد خطير يتجرّد به الواهب عن ماله دون مقابل الأمر الذي يجعله في أشد الحاجة الى التأمل والتدبر ، وهو ما توفره له الشكلية حيث أراد الشارع أن يجعل من اجراءات الرسمية المعقدة وما تتطلبه من وقت وجهد وسيلة تتيح للواهب الوقت الكافي للتروي ، فيأمن شر الاندفاع وراء الانفعالات وقتية . وبذلك يحمى الواهب نفسه ، كما يحمى ورثته . ومن الواضح أن النص المذكور الذي اغفله المشروع يتيح للواهب الهروب من الشكلية المفروضة . وذلك بأن يقوم الواهب بتنفيذ الهبة مختارا رغم عدم توفر الرسمية المطلوبة ، أو تقوم ورثته بهذا التنفيذ ، فتصح الهبة .

وليس في اغفال النص المذكور ما يحول دون إبرام هبة صحيحة ، فاذا كانت الهبة باطلة ليعيب في الشكل ، فما على الواهب أو ورثته الا أن يعيد إبرام العقد من جديد ، فيستوفيا الشكل المطلوب ، وعند ذلك تتم الهبة .

(مادة ٤٦١)

الوعد بالهبة لا ينعقد الا اذا كان بورقة رسمية .

هذه المادة تطابق المادة ٤٩٠ من التقنين الحالي .

وحكم الفقرة الاولى من المادة المقترحة مأخوذ من الفقه الاسلامي في مختلف مذاهبه ، فقد نصت المادة ٨٢٧ من المجلة على أن « تنعقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم بالقبض » .

وحكم الفقرة الثانية مأخوذ من الفقه الاسلامي على مذهب الامام مالك (أحمد ابراهيم ، التزامات التبرعات ، مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص ٦٢) .

وحكم الفقرة الثالثة مستمد من الفقه الاسلامي في مختلف مذاهبه . فقد نصت المادة ١/٨٤ من مرشد الحيران على أنه « اذا وهب شخص هبة لمن ليس أهلا للقبول جاز لوليّه أو وصيه أو من هو في حجره أن يقبل الهبة ويقبضها عنه » . انظر كذلك مادة ٨٥١ من المجلة . ومادة ٣٥٨ من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الامام أبي حنيفة .

(مادة ٤٦١)

١ - يلزم لانعقاد الهبة ، فوق الايجاب والقبول ، أن تكون بورقة رسمية ، والا وقعت باطلة ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر .

٢ - ومع ذلك يجوز في المنقول ان تنعقد الهبة بالقبض ، دون حاجة الى ورقة رسمية .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٤٨٨ من التقنين الحالي التي تنص على أن « تكون الهبة بورقة رسمية ، والا وقعت باطلة ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر » .

وتقابل المادتين ٦٠٢ و ٦٠٣ من التقنين العراقي .

فالمادة ٦٠٢ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا كان الموهوب عقارا ، وجب لانعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة » . والمادة ٦٠٣ تنص على ما يأتي :

١ - لا تتم الهبة في المنقول الا بالقبض . ويلزم في القبض اذن الواهب صراحة أو دلالة .

٢ - واذا اذن الواهب صراحة صح القبض في مجلس الهبة أو بعده . واما اذنه بالقبض دلالة فمقيّد بمجلس الهبة . وعقد الهبة اذن بالقبض دلالة .

وتقابل المادة ٥٢٥ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - يتوقف نفاذ عقد الهبة على أي اجراء تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية عليه ، ويجوز لكل من طرفي العقد استكمال الاجراءات اللازمة .

٢ - وتتم في المنقول بالقبض دون حاجة الى تسجيل .

وتقابل المادة ٥٢٥ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - لا تنعقد الهبة الا اذا اقترنت بقبض الموهوب أو وثقت في محرر رسمي .

وتقابل المادة ٥٢٧ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « هبة مال الغير باطلة » .

وأحكام المادة المقترحة تتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامي في المذهب الحنفي . حيث تنص المادة ٨٥٧ من المجلة على أنه « يلزم أن يكون الموهوب مال الواهب » . وبناء عليه لو وهب أحد مال غيره لاتصح . ولكن بعد الهبة لو اجازها صاحب المال تصح » . (أنظر في هذا: البدائع ج ٦ ص ١١٩) .

(مادة ٤٦٤)

يشترط وجود الموهوب وقت الهبة . فتقع هبة الأموال المستقبلية باطلة .

هذه المادة تقابل المادة ٤٩٢ من التقنين الحالي التي تنص على أن « تقع هبة الأموال المستقبلية باطلة » ، وقد روي اضافة أصل الحكم بحيث يكون بطلان هبة المال المستقبل نتيجة لهذا الأصل .

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة ١/٦٠٩ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « يشترط وجود الموهوب وقت الهبة » . ويلزم أن يكون معيناً مملوكاً للواهب » .

وتتفق في حكمها ما جاء في المادة ٥٦٣ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « على الرغم مما ورد في المادتين ٩٢ و ٢٥٤ من هذا القانون لا تنعقد الهبة بأمر ولا تنعقد على مال مستقبل » . وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامي ، ففي المذهب الحنفي نصت المادة ٨٥٦ من المجلة على أنه « يشترط وجود الموهوب وقت الهبة » .

(٢) آثار الهبة

(مادة ٤٦٥)

إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشيء الموهوب فإن الواهب يلتزم بتسليمه اياه ، وتسرى في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع .

هذه المادة تطابق المادة ٤٩٣ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ١/٥٣٠ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « يلتزم الواهب بتسليم الموهوب الى الموهوب له » . وينتج في ذلك أحكام تسليم المبيع » .

وتتفق في حكمها مع المادة ١/٥٣٥ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « يلتزم الواهب بتسليم المال الموهوب » ، إذا لم يكن الموهوب له قد قبضه ، وتسرى في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع » . والسند الشرعي لوجوب التسليم ما يراه المالكية من أن الهبة تنعقد صحيحة لازمة للواهب ناقله للملك بمجرد العقد ويجبر الواهب على التسليم (أنظر مادة ٥٣٠ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الامام مالك ومذكرتها الإيضاحية) .

وما يخفى به هذه المادة ليس الا تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة في المادة ٢/٨٦ من المشروع التي تنص على أنه « اذا اشترط القانون لتسام العقد استيعاء شكل معين » ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد » .

وعلى تقابل المادة ٥٦٣ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « على الرغم مما ورد في المادتين ٩٢ و ٢٥٤ من هذا القانون لا تنعقد الهبة بالوعد ولا تنعقد على مال مستقبل » .

وحكمها في التقنين العراقي تطبيقاً للقاعدة الواردة في المادة ٢/٩١ من هذا التقنين .

وحكمها في التقنين الكويتي تطبيقاً للقاعدة الواردة في المادة ٦٩ من هذا التقنين .

والسند الشرعي للنص المقترح هو مصلحة المحافظة على المال ورفع النزاع .

(مادة ٤٦٣)

١ - من وهب ملك غيره بدون إذنه ، كانت هبته موقوفة على اجازة المالك ، وتسرى عليها أحكام المادتين ٤٤٠ و ٤٤١ .

هذه المادة تقابل المادة ٤٩١ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « اذا وردت الهبة على شيء معين بالذات ، غير مملوك للواهب ، سرت عليها أحكام المادتين ٤٦٦ و ٤٦٧ » .

والأحكام الواردة في المادة المقترحة تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة في المادتين ١٢٧ و ٣/١٢٨ من المشروع . فقد نصت المادة ١٢٧ على أن « يكون العقد موقوف النفاذ على الاجازة اذا كان تصرفاً في ملك الغير بدون إذنه » . ونصت المادة ٣/١٢٨ على أنه اذا كان العقد موقوفاً لكونه تصرفاً في ملك الغير بدون إذنه ، كانت اجازته للمالك .

وفي هذا التطبيق تقضى المادة المقترحة بسريان أحكام بيع ملك الغير الواردة في المواد ٤٣٩ و ٤٤٠ و ٤٤١ من المشروع . وقد روي ذكر الحكم الاساسي في هذه الأحكام وهو أن تكون الهبة موقوفة على اجازة المالك ، ثم الاشارة بتطبيق أحكام المادتين الباقيتين ، وهما المادتان ٤٤٠ و ٤٤١ .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٥٥٩ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « لا ينفذ عقد الهبة اذا كان المال الموهوب غير مملوك للواهب ، ما لم يجزه المالك ويتم القبض برضاه » .

وتقابل ما جاء في المادة ١/٦٠٩ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « يشترط وجود الموهوب وقت الهبة » ، ويلزم أن يكون معيناً مملوكاً للواهب » .

المادة ٦١٥ تنص على أنه « إذا أتلقت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن المستحق الموهوب له ، فلا يرجع هذا على الواهب بما ضمن الا بالتقدير الذي يضمن به الواهب الاستحقاق وفقا للأحكام السابقة » .

وفي الفقه الاسلامي . طبقا للمذهب الحنفي ، اذا استحققت الهبة . فللموهوب له الرجوع بجميع العوض الذي أكاده . وأن استحق نصف الهبة ، رجع بنصف العوض (انظر م ٥٢٣ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا) . وقد نصت المادة ٣٦٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على أنه « اذا أتلقت العين الموهوبة أو استحقها مستحق وضمن المستحق الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن الا اذا اشترط تضمينه عند الاستحقاق » وجاء في قواعد ابن رجب ص ٢٣٠ أن اليد القابضة تملك لا بعوض للعين ثمنا فيها كالهبة لا ترجع بما ضمنته بحال ، ذكره القاضي وأبن عقيل أما ضمان الواهب عند اخفاء سبب الاستحقاق فسنده القواعد العامة في الضمان .

(مادة ٤٦٧)

١ - لا يضمن الواهب الشيء الموهوب من العيب .
٢ - على أنه اذا تعمد الواهب اخفاء العيب ، أو ضمن خلو الشيء الموهوب من العيوب ، كان ملزما بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يسببه العيب .

٣ - واذا كانت الهبة بعوض ، كان الواهب ملزما بالتعويض ، على الا يجاوز هذا التعويض قدر ما أداه الموهوب له من عوض .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٤٩٥ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - لا يضمن الواهب خلو الشيء الموهوب من العيب .
٢ - على أنه اذا تعمد الواهب اخفاء العيب ، أو ضمن خلو الشيء الموهوب من العيوب ، كان ملزما بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يسببه العيب . ويكون كذلك ملزما بالتعويض اذا كانت الهبة بعوض ، على الا يجاوز التعويض في هذه الحالة قدر ما أداه الموهوب له من هذا العوض .

وقد رأى أفراد فقرة مستقلة ، وهي الفقرة الثالثة في المادة المقترحة ، الحالة التي تكون الهبة فيها بعوض ، لأن حكم التعويض فيها عن العيب الخفي يختلف عنه في الحالتين الأخريين .

ففي حالتها تنص المادة ٤٦٧ على : « وضمنه خلو الشيء الموهوب من العيوب ، لا يلزم بتعويض الموهوب له الا عن الضرر الذي يسببه العيب . فلا يعرض الموهوب له عن العيب ذاته ، أي عن نقص قيمة العين الموهوبة بسبب العيب ، وإنما يعرضه عما سببه العيب من الاضرار .

(مادة ٤٦٦)

١ - لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب ، الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض . وفي الحالة الاولى يقدر القاضي للموهوب له تعويضا عادلا عما أصابه من الضرر . وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق الا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض .

٢ - واذا استحق الشيء الموهوب ، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى .

هذه المادة تطابق المادة ٤٩٤ من التقنين الحالي مع حذف العبارة الأخيرة من الفقرة الاولى التي تقول « كل هذا ما لم يتفق على غيره » . وذلك لعدم جواز الاتفاق على تعديل أحكام ضمان الاستحقاق (انظر مادة ٤١٣) .

وتقابل المادتين ٥٣١ و ٥٣٢ من التقنين الكويتي :

فالمادة ٥٣١ من هذا التقنين تنص على أنه « لا يضمن الواهب الا التعرض الناشئ عن فعله ، كما لا يضمن استحقاق الموهوب الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة مقترنة بتكليف ، وذلك ما لم يتفق على غيره أو يقضى القانون بخلافه » .

والمادة ٥٣٢ تنص على ما يأتي :

١ - اذا استحق الموهوب ، وكان الواهب قد تعمد اخفاء سبب الاستحقاق ، يقدر القاضي للموهوب له تعويضا عادلا .

٢ - فان كانت الهبة مقترنة بتكليف ، فلا يلتزم الواهب بضمان الاستحقاق الا في حدود ما أداه الموهوب له من التكليف . ويحل الموهوب له محل الواهب فيما يكون له من حقوق ودعاوى .

والفقرة الاولى منها تقابل المادة ٥٦٨ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب في يد الموهوب له اذا كانت الهبة بغير عوض ، ولكنه يكون مسئولاً عن كل ضرر يلحق الموهوب له من جراء هذا الاستحقاق اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق . اما اذا كانت الهبة بعوض ، فإنه لا يضمن الاستحقاق الا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

وتقابل المادتين ٦١٤ و ٦١٥ من التقنين العراقي :

فالمادة ٦١٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب ، الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو الا اذا كانت الهبة بعوض ، وفي الحالة الأخيرة لا يضمن الواهب الاستحقاق الا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض كل هذا ما لم يتفق على غيره .

٢ - واذا استحق الموهوب حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى . وهذه المادة تطابق نص المشروع التمهيدى للتقنين المصري .

وتتفق في حكمها مع المادة ٢/٥٣٠ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « إذا هلك المال الموهوب قبل تسليمه أو حصل فيه تغير أو نقص لا يكون الواهب مسئولاً إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم » .

(أنظر المذكرة الإيضاحية للمواد المقابلة للمواد من ٤٩٣ إلى ٤٩٦ من التقنين الحالي في المشروع التمهيدي (م ٦٧٤ - ٦٧٧) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٧١ - ٢٧٣) .

والسند الشرعي للنص المقترح هو القواعد العامة في الضمان ، على اعتبار أن الواهب يسأل عن فعله العمد وخطئه الجسيم الذي أدى إلى هلاك مال مملوك للموهوب له . واتساقاً مع هذا نصت المادة ٥٣٦ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أنه « لا تبطل الهبة ببيع الواهب للشيء الموهوب قبل حوزة » .

(مادة ٤٦٩)

يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض ، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أم للمصلحة العامة .

هذه المادة تطابق المادة ٤٩٧ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦١٨ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٥٧٢ من التقنين الأردني التي تنص على أن « على الموهوب له أداء ما اشترطه الواهب من عوض سواء أكان هذا العوض للواهب أم للغير » .

وتقابل المادة ٥٣٤ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « يلتزم الموهوب له بالقيام بما يفرضه عليه العقد من تكليف ، سواء كان هذا التكليف مشروطاً لمصلحة الواهب أو لمصلحة الغير » .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي . ففي هذا

الفقه يلتزم الموهوب له بمراعاة شرط العوض (م ٨٥٥ من المجلة ،

وم ٣٦٨ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة ،

وم ٥٣٨ فقرة ١ و ٢ و ٣ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى

باشا ، وم ٥٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام

مالك . أنظر ابن عابدين ج ٤ ص ٥٤٢ ، والشرح الصغير وحاشيته

ج ٢ ص ٣٥٠ ، والشرح الكبير وحاشيته ج ٤ ص ١٠٢ و ١٠٣) .

(أنظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين

الحالي (م ٦٧٩) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٧٩) .

أما في حالة ما إذا كانت الهبة بعوض فإن الواهب يعرض الموهوب له عن الأضرار التي لحقت به بسبب العيب ، وكذلك عن نقص قيمة العين الموهوبة ، على ألا يجاوز التعويض مقدار العوض .

فإذا كانت الهبة بعوض ، وتعهد الواهب إخفاء العيب ، أو ضمن خلو الشيء الموهوب من العيوب ، وجب عليه تعويض الموهوب له عن كل الخسارة التي لحقت به بسبب العيب ، ولو جاوزت هذه الخسارة مقدار العوض .

واقترحتان الأولى والثانية من المادة المقترحة تتفقان في الحكم مع المادة

٥٣٣ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « لا يضمن الواهب براءة الموهوب من العيب ، إلا إذا اتفق على غير ذلك ، أو كان الواهب قد تعمد إخفاء العيب ، وعندئذ لا يكون ملزماً إلا بتعويض الموهوب له عما يسببه العيب من ضرر » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٧١ من التقنين الأردني التي تنص عن

أنه « لا يضمن الواهب العيب الخفي في الموهوب ، ولو تعمد إخفاؤه ، إلا إذا كانت الهبة بعوض » .

وما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة المقترحة من أن الأصل في الهبة

أن الواهب لا يضمن العيوب الخفية يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي (قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا م ٢٥٨/٦) . وجاء في بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٥٣ . « أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف فهي العقود التي مقصود منها المعاوضة . كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضاً في أنه لا تأثير للعيب فيها ، كالهبات لغير الثواب . وأما ما بين هذين الصنفين من العقود ، أعني ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة ، مثل هبة الثواب فالأظهر في المذهب أنه لا حكم فيها بوجود العيب . وقد قيل يحكم به إذا كان العيب مفسداً » .

(مادة ٤٦٨)

إذا هلك المال الموهوب قبل تسليمه ، فلا يكون الواهب مسئولاً إلا عن

فعله العمد أو خطئه الجسيم .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٤٩٦ من التقنين الحالي التي تنص

على ما يأتي : « لا يكون الواهب مسئولاً إلا عن فعله العمد أو خطئه

الجسيم » . وتقابل المادة ٦١٦ من التقنين العراقي التي تطابق المادة

٤٩٦ من التقنين الحالي .

(٣) الرجوع في الهبة

(مادة ٤٧١)

(مادة ٤٧٠)

- ١ - يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك .
- ٢ - فإذا لم يقبل الموهوب له ، جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها ، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من الرجوع .

هذه المادة تطابق المادة ٥٠٠ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « فسخ الهبة والرجوع فيها » بعبارة « الترخيص له في الرجوع » ، وذلك للايضاح ، إذ أن الرجوع في الهبة بالتقاضي هو فسخ قضائي لها .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٢٠ من التقنين العراقي التي تنص على أن « للواهب أن يرجع في الهبة برضا الموهوب له فان لم يرض كان للواهب حق الرجوع عند تحقيق سبب مقبول ، ما لم يوجد مانع من الرجوع » .

وتقابل المادة ٥٧٦ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

- ١ - للواهب أن يرجع في الهبة قبل القبض دون رضا الموهوب له .
 - ٢ - وله أن يرجع فيها بعد القبض بقبول الموهوب له ، فان لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان يستند إلى سبب مقبول ، ما لم يوجد مانع من الرجوع » .
- وتقابل المادة ٥٣٧ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :
- ١ - لا يجوز للواهب الرجوع في هبته ، إلا الأبوين فيما وهباه لولدهما .

- ٢ - ومع ذلك يجوز في غير هذه الحالة الرجوع في الهبة بترخيص من القضاء إذا استند الواهب في ذلك إلى عذر مقبول » .

ولم تتفق مذاهب الفقه الاسلامي في جواز الرجوع في الهبة :

فالمالكية والشافعية والحنابلة لا يجيزون الرجوع في الهبة إلا في حالة واحدة ، هي حالة هبة الوالد لولده ، وهي ما تسمى عند المالكية باعتصار الهبة (أنظر في مذهب مالك : الخرشى ج ٧ ص ١١٣-١١٥) .

أما عند الحنفية ، فالموهوب له يملك الموهوب ملكاً غير لازم ، فيجوز للواهب الرجوع في هبته ، على ألا يتعارض مع حقه في الرجوع حق آخر ، أي على ألا يوجد مانع من الرجوع يبطل حقه (أنظر : السرخسي ج ١٢ ص ٥٣ و ٥٤ . البدائع ج ٦ ص ١١٨ . أحمد إبراهيم ، التزام التبرعات في مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣ ص ٥٢ . عبد الرازق السنهوري ، الوسيط ج ٥ فقرة ١٢٥) .

- ١ - إذا اشترط الواهب عوضاً عن الهبة وفاء ديونه ، فلا يكون الموهوب له ملزماً إلا بوفاء الديون التي يحددها العقد .
- ٢ - وإذا كان الشيء الموهوب مثقلاً بحق عيني ضماناً لدين في ذمة الواهب ، أو في ذمة شخص آخر ، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك .

الفقرة الأولى من هذه المادة تقابل الفقرة الأولى من المادة ٤٩٩ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « إذا اشترط الواهب عوضاً عن الهبة وفاء ديونه ، فلا يكون الموهوب له ملزماً إلا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة ، هذا ما لم يتفق على غيره » .

وقد رُوي تعديل هذا النص على نحو يكون الموهوب له فيه على بينه من الديون التي يلتزم بالفداء بها .

وقد استرشد المشروع في هذا التعديل بما نصت عليه المادة ٨٨١ من مجلة الأحكام الشرعية في الفقه الحنبلي من أنه « إذا شرط في الهبة عوض معلوم صار بيعاً فتجرى فيها أحكامه ، وإذا كان العوض مجهولاً فهو بيع فاسد » .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من المادة ٤٩٩ من التقنين الحالي .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦١٩ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٤٩٩ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المادتين ٥٧٣ ، ٥٧٤ من التقنين الأردني اللتين تطابقان المادة ٤٩٩ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المادة ٥٣٦ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « إذا كانت الهبة مقترنة بتكليف الموهوب له الوفاء بديون الواهب ، فإنه لا يكون ملزماً إلا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع الفقه الاسلامي على اعتبار أن العوض في الهبة ، وهو وفاء الديون ، معلوم على نحو كاف .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - أضيف الزوج ، وهو يشمل الزوج والزوجة ، الى الأشخاص المذكورين في البند الأول ، اذ ان رابطة انزوجية لا تقل عن الرابطة بأقرب قريب .

٢ - عدلت صياغة البند الثالث على نحو تتضح منه حقيقة الحكم المقصود من النص . فالمفروض في العذر الا يكون للواهب ولد وقت الهبة ، ذكر أو أنثى ، ثم يرزق بولد بعدها . ويتوفر العذر اذا كان الولد ما يزال جنينا ويجعل الواهب ذلك . وفي جميع الأحوال يجب أن يظل الولد حيا الى وقت الرجوع .

٣ - أضيفت الى المادة بند رابع يقضى بأن يعتبر عذرا مقبولا للرجوع في الهبة اخلال الموهوب له بالتزام يفرضه العقد عوضا عن الهبة . ويعتبر طلب فسخ الهبة في هذه الحالة تطبيقا للقواعد العامة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٢١ من التقنين العراقي :
فالبند الأول منها ينص على ما يأتي : «أن يخل الموهوب له اخلا خطيرا بما يجب عليه نحو الواهب ، بحيث يكون هذا الاخلا من جانبه جحودا غليظا » .

والبندان الثاني والثالث منها يطابقان البندين الثاني والثالث من المادة ٥٠١ من التقنين المصري الحالي .

والبند الرابع منها يطابق البند الرابع من النص المقترح .

وتقابل المادة ٥٧٧ من التقنين الاردني :

فالبند الأول منها يطابق البند الثاني من النص المقترح .
والبند الثاني منها يطابق البند الثالث من المادة ٥٠١ من التقنين المصري الحالي .

والبند الثالث منها ينص على ما يأتي : « اخلال الموهوب بالتزاماته المشروطة في العقد كون مبرر ، أو اخلاله بما يجب عليه نحو الواهب أو أحد أقاربه بحيث يكون هذا الاخلا جحودا كبيرا من جانبه » .

وتقابل المادة ٥٣٨ من التقنين الكويتي .

فالبند الأول منها ينص على ما يأتي : « أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب اخلالا يعتبر جحودا كبيرا من جانبه » .

والبند الثاني منها يطابق البند الثاني من المادة المقترحة .

والبند الثالث منها ينص على ما يأتي : « أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا الى وقت الرجوع » .

والمشروع يسير في نصوصه على المذهب الحنفي ، كما فعل التقنين الحالي (انظر م ٨٦٤ من المجلة و م ٥١٥ و ١/٥٢٧ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا و م ٣٦٢ و ٣٦٥ و ٣٦٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة) .

وانظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٦٨٣ و ٦٨٤) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٩٠ - ٢٩٢) .

(مادة ٤٧٢)

يعتبر على الاخص عذرا مقبولا للرجوع في الهبة :

(ا) أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب ، أو نحو زوجه ، أو نحو أحد أقاربه ، بحيث يكون هذا الاخلا جحودا كبيرا من جانبه .

(ب) أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية ، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير .

(ج) أن يرزق الواهب الذي ليس له ولد وقت الهبة ولدا بعدها ، ولو كان جنينا وقت الهبة متى كان الواهب يجهل ذلك ، أو أن تظهر بعد الهبة حياة ولده الذي كان يظل وقت الهبة انه ميت ، على أن يظل الولد في الحالين حيا الى وقت الرجوع .

(د) أن يخل الموهوب له بما اشترط عليه في العقد من التزامات دون عذر مقبول .

هذه المادة تقابل المادة ٥٠١ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« يعتبر بنوع خاص عذرا مقبولا للرجوع في الهبة :

(ا) أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب ، أو نحو أحد من أقاربه ، بحيث يكون هذا الاخلا جحودا كبيرا .

(ب) أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية ، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير .

(ج) أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا الى وقت الرجوع .
أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فاذا به حي .

(ب) اذا مات أحد طرفي عقد الهبة . ومع ذلك لا يعتبر موت الواهب مانعا من الرجوع في الحالتين المنصوص عليهما في البند « ج » من المادة ٤٧٢ .

(ج) اذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا ناقلا للملكية نهائيا ، فاذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب ، جاز للواهب أن يرجع في الباقي .

(د) اذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ، ولو وقعت الفرقة بينهما بعد الهبة .

(هـ) اذا كانت الهبة لدى رحم محرم ، وذلك مالم تتحقق احدى الحالتين المنصوص عليهما في البند (ج) من المادة ٤٧٢ او كلاهما .

(و) اذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له ، سواء كان الهلاك بسبب اجنبى او بفعل الموهوب له او باستعماله اياه ، فاذا لم يهلك الا بعض الشيء الموهوب جاز الرجوع في الباقي . وكذلك اذا تغير الشيء الموهوب من حالة الى حالة حتى تزول صورته الاولى .

(ز) اذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة .

(ح) اذا كانت الهبة صدقة او عملا من أعمال البر .

هذه المادة تقابل المادة ٥٠٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« يرفض طلب الرجوع فى الهبة اذا وجد مانع من الموانع الآتية :

(أ) اذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته ، فاذا زال المانع عاد حق الرجوع .

(ب) اذا مات أحد طرفي عقد الهبة .

(ج) اذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا ، فاذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب ، جاز للواهب أن يرجع في الباقي .

(د) اذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ، ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية .

(هـ) اذا كانت الهبة لدى رحم محرم .

(و) اذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له ، سواء أكان الهلاك بفعله أو بحداث اجنبى لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال ، فاذا لم يهلك الا بعض الشيء جاز الرجوع في الباقي .

(ز) اذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة .

(ح) اذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر .

والظاهر في المذهب الحنفى أن الواهب هو الذى يستقل بتقدير العذر فى الرجوع فى الهبة دون رقابة عليه . فيكفى فى ذلك أن يرفع الواهب الأمر الى القضاء ، اذا لم يتراض مع الموهوب له على الرجوع ، حتى يجيبه القضاء الى طلبه (أنظر المبسوط للسرخسى ج ١٢ ص ٥٣ و ٥٤ . البدائع ج ٦ ص ١٢٨ . أحمد ابراهيم فى التزام التبرعات ، مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣ ص ٥٢) . ولكن المشروع ، كما فعل التقنين الحالى ، قيد من هذا الإطلاق ، فأوجب للرجوع فى الهبة عذرا مقبولا ، وجعل القضاء رقيبا على الواهب فى ذلك ، فقد يجيبه الى طلبه وقد يرفض هذا الطلب . والاعذار المذكورة فى المادة المقترحة لم ترد على سبيل التحصر ، وانما خصت بالذكر لأنها الأعذار الغالبة التى تبرر الرجوع فى الهبة . فقد تقوم أعذار أخرى غيرها .

واشتراط عذر مقبول للرجوع فى الهبة يتفق مع الغرض المقصود من الهبة ويتسق مع القواعد العامة فى الفقه الإسلامى . وقد رأينا أن الملكية والشافعية والحنابلة ، على خلاف الحنفية ، لا يجيزون الرجوع فى الهبة الا فى حالة واحدة هى حالة هبة الوالد لولده . وقد استرشد المشروع فى تقييد حق الواهب فى الرجوع برأيهم .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدي للتقنين الحالى (م ٦٨٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٩٠ - ٢٩٢ .

(مادة ٤٧٣)

اذا قتل الموهوب له الواهب عمدا بغير حق، كان لورثته طلب فسخ الهبة .

هذه المادة مستحدثة .
وحكمها استثناء من أن الهبة لا يجوز الرجوع فيها بعد موت الواهب . ويبرره جود الموهوب له . ومن ثم فانه يتفق مع القواعد العامة . ذلك أنه اذا جاز الرجوع فى الهبة لمجرد شروع الموهوب له فى قتل الواهب ، فأولى أن يجوز الرجوع اذا تمت الجريمة . كما يصح القياس على الميراث ، فالقاتل لا يرث القاتول ، تطبيقا للاصل الشرعى اقاتل : « من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه » . فقد يتعجل الموهوب له قتل الواهب حتى يأمن الرجوع فى الهبة لعذر من الأعذار .

وهي تطابق المادة ٦٢٢ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٥٧٨ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٥٤٠ من التقنين الكويتى .

(مادة ٤٧٤)

يعتبر مانعا من الرجوع فى الهبة ما يأتى :

(أ) اذا زاد الشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته ، فاذا زال المانع عاد حق الرجوع .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - عدل البند (أ) تعديلا لفظيا .

٢ - أضيف الى البند (ب) استثناء من أن الهبة لايجوز الرجوع فيها بعد موت الواهب . وذلك اذا رزق الواهب الذى ليس له ولد وقت الهبة ولدا بعدها ولو كان جنينا يجهل الواهب وجوده ، أو ظهرت بعد الهبة حياة ولده الذى كان يظن وقت الهبة أنه ميت ، وهما الحالتان المذكورتان فى البند (ج) من المادة ٤٧٢ .

٣ - عدل البند « ج » تعديلا لفظيا يتضح منه أن التصرف المقصود هو التصرف الناقل للملكية .

٤ - عدل البند « د » تعديلا لفظيا .

٥ - أضيف الى البند « هـ » استثناء من أن الهبة لايجوز الرجوع فيها اذا كانت لذى رحم محرم . وذلك فى الحالتين المذكورتين فى البند « ج » من المادة ٤٧٢ ، وللتين تم استثنائهما كذلك فى البند « ب » من أن الهبة لايجوز الرجوع فيها بعد موت الواهب .

٦ - أضيف الى البند « و » حالة ما اذا تغير الشيء الموهوب من حالة الى حالة ، لأنها تلتحق بهلاك الشيء الموهوب ، كأن تصاع قطعة من المذهب حلية ، أو يعجن الدقيق خبزا .

والمادة المقترحة تقابلها المادة ٦٢٣ من التقنين العراقى ، وهى تتفق فى أحكامها مع المادة ٥٠٢ من التقنين المصرى الحالى ، وتزيد مانعا هو أن يهب الدائن الدين للمدين ، فلا يستطيع الواهب أن يرجع فى الهبة .

وتقابلها المادة ٥٧٩ من التقنين الأردنى ، وهى تحصى الموانع ذاتها مع الاختلاف فى مدى البعض منها ، وتزيد مانعا هو أن يهب الدائن الدين للمدين فلا يستطيع الواهب أن يرجع فى الهبة .

وتقابلها المادة ٥٣٩ من التقنين الكويتى .

والوانع المذكورة فى المادة المقترحة مأخوذة جميعها من الفقه الإسلامى على مذهب الامام أبى حنيفة ، كما فعل التقنين الحالى . انظر فى هذا : المواد ٨٦٦ - ٨٧٤ من المجلة ، والمواد ٥١٥ - ٥٢٣ و ٥٢٦ و ٥٢٩ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا ، والمواد ٣٦٣ - ٣٦٥ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة ومذكراتها الإيضاحية ، والمذكرة الإيضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدي للتقنين الحالى (م ٦٨٦) والتعديلات التى أدخلت عليه فى لجنة المراجعة ولجنة مجلس الشيوخ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٨٩ - ٢٩٤ . وأنظر المبسوط للسرخسى ج ١٢ ص ٥٣ و ٥٤ . البندان ج ٦ ص ١٢٨ .

فتح القدير ج ٧ ص ١٢٢ . أحمد ابراهيم فى التزام التبرعات ، مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣ ص ٥٢ - ٦٣ .

(مادة ٤٧٥)

١ - يترتب على الرجوع فى الهبة بالتراضى أو بالتقاضى أن تعتبر الهبة كأن لم تكن ، وذلك دون اخلال بما كسبه الغير حسن النية بموضع من حقوق .

٢ - ولا يرد الموهوب له الثمار الا من وقت الاتفاق على الرجوع ، أو من وقت رفع الدعوى . وله أن يرجع بجميع ما أنفق من مصروفات ضرورية ، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز فى الرجوع بها القدر الذى زاد فى قيمة الشيء الموهوب .

هذه المادة تطابق المادة ٥٠٣ من التقنين الحالى ، فيما عدا العبارة الأخيرة فى الفقرة الأولى التى جاء فيها : « وذلك دون اخلال بما كسبه الغير حسن النية بعوض من حقوق » . وقد وردت هذه العبارة فى نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالى (م ٦٨٧) ، ولكن النص النهائي للمادة سقطت منه العبارة التى كانت تتضمنها الفقرة الأولى ، دون أن يظهر من الأعمال التحضيرية كيف حذفت هذه العبارة . وهى على كل حال تطبيق للقواعد العامة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٢٤ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا رجع الواهب فى هبته بالتراضى ، أو التقاضى ، كان رجوعه ابطلا لأثر العقد من حين الرجوع وإعادة الملكة .

٢ - ولا يرد الموهوب له الثمرات الا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت الدعوى . وله أن يرجع بجميع ما أنفق من المصروفات الاضطرارية . أما المصروفات النافعة ، فلا يجاوز فى الرجوع بها القدر الذى زاد فى قيمة الموهوب . »

وتقابل المادة ٥٨٠ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - يعتبر الرجوع عن الهبة رضاء أو قضاء ابطلا لأثر العقد .

٢ - ولا يرد الموهوب له الثمار الا من تاريخ الرجوع رضاء أو تاريخ الحكم . وله أن يسترد النفقات الضرورية ، أما النفقات الأخرى فلا يسترد منها الا ما زاد فى قيمة الموهوب . »

وتقابل المادة ٥٤١ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « يترتب على الرجوع إعادة الموهوب الى ملك الواهب من حين تمامه ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٥٢٧ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا على ما يأتى : « . . فلو أخذ الواهب العين الموهوبة قبل القضاء أو الرضاء ، فهلك أو استهلك ، ضمن قيمتها للموهوب له ، وإذا طلبها بعد القضاء ، ومنعها الموهوب له ، فهلك فى يده ، ضمنها . »
أنظر كذلك : م ٦٨٥ من المجلة .

الفصل الرابع

الشركة

الفرع الأول

الشركة بوجه عام

(مادة ٤٧٧)

الشركة عقد يساهم بمقتضاه شخصان أو أكثر فى مشروع مالى ، بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة .

هذه المادة تقابل المادة ٥٠٥ من التقنين الحالى التى تنص على أن « الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى ، بتقديم حصة من مال أو من عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة . »

وقد روعى فى تعريف الشركة فى المادة المقترحة إبراز محل العقد ، وهو العملية القانونية المقصودة من العقد ، وذلك على نسق ما يراعى المشروع بالنسبة الى جميع العقود . والعملية القانونية المقصودة من الشركة هى المساهمة فى مشروع مالى واقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة ، وهى العنصر الجوهرى الذى يجب أن يظهر فى تعريف الشركة . ولهذا تحاشى المشروع أن يجعل من محل عقد الشركة بهذا المعنى مجرد التزام يقع على عاتق اشريك كما فعل التقنين الحالى ، لأن الالتزام أثر للعقد وليس محله .

وقد جاء تعريف الفقه الاسلامى للشركة منصبا على محل العقد . فقد نصت المادة ١٣٢٩ من المجلة على أن « شركة العقد عبارة عن عقد شركة بين اثنين فأكثر على كون رأس المال والربح مشتركا بينهم . »

(أنظر فى هذا المعنى المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدي للتقنين الحالى (م ٦٨٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٠٣ و ٣٠٤)

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٢٦ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٥٠٥ من التقنين المصرى الحالى .

نص المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدي للتقنين الحالى (م ٦٨٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٩٧ .
وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٣٦٦ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على أنه « اذا تم الرجوع فى عقد الهبة برضى أو قضاء ، كان فسخا للعقد . »

ونصت المادة ٥٢٧ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا على أنه « لا يصح الرجوع فى الهبة الا بتراضى العاقدين أو بحكم الحاكم . فاذا رجع الواهب بإحدهما ، كان رجوعه ابطالا لأثر العقد فى المستقبل وإعادة لحله »

(مادة ٤٧٦)

١ - اذا استولى الواهب على الشيء الموهوب بغير التراضى أو التنازلى كان مسئولا قبل الموهوب له عن هلاك الشيء ، سواء كان الهلاك بسبب اجنبى أو بفعل الواهب أو باستعماله اياه .

٢ - أما اذا صدر حكم بالرجوع فى الهبة وهلك الشيء فى يد الموهوب له بعد اعذاره بالتسليم ، فيكون الموهوب له مسئولا عن هذا الهلاك ، ولو كان الهلاك بسبب اجنبى .

هذه المادة تطابق المادة ٥٠٤ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى فى الفقرة الأولى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٢٥ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا أخذ الواهب الموهوب قبل الرضاء أو القضاء كان غاصبا ، فلو هلك الموهوب أو استهلك ضمن قيمته للموهوب له . أما اذا طلبه بعد القضاء ومنعه الموهوب له بعد اعذاره بالتسليم ، فهلك فى يده ، ضمنه . »

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٨١ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« اذا استعاد الواهب الشيء الموهوب بغير رضاء أو قضاء ، كان مسئولا عن هلاكه مهما كان سببه . »

٢ - أما اذا صدر حكم بالرجوع فى الهبة وهلك الشيء فى يد الموهوب له بعد اعذاره بالتسليم ، فإن الموهوب له يكون مسئولا عن الهلاك مهما كان سببه . »

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدي للتقنين الحالى (م ٦٨٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٩٧ .

وتقابل المادة ٥٨٢ من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة ٥٠٥ من التقنين المصري الحالي .

(مادة ٤٧٨)

١ - تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر المنصوص عليها في المادة التالية .

٢ - ومع ذلك فللغير إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها .

هذه المادة تقابل المادة ٥٠٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التي يقرها القانون .

٢ - ومع ذلك للغير إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة باستبدال عبارة « إجراءات النشر المنصوص عليها في المادة التالية » بعبارة « إجراءات النشر التي يقرها القانون » . إذ أن التقنين الحالي لم يرد فيه بيان لهذه الإجراءات فرؤى استحداث المادة التالية لهذا الغرض .

انظر النص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي (م ٦٩٠) ومذكرته الايضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٠٤-٣٠٧ . والسند الشرعى للمادة المقترحة أن الفقه الاسلامي يعتد بالشخصية الاعتبارية ويرتب عليها أحكاماً في حالات عديدة كالوقف وبيت المال . كما أن المادة ١٣٥٠ من المجلة يتضح منها ملكية الشركة لرأس المال ، حيث تنص على ما يأتي : « الشريكان كل واحد منهما أمين الآخر ، فمال الشركة في يد كل واحد منهما هو في حكمه الوديعة ، فإذا تلف مال الشركة في يد واحد منهما بلا تعد ولا تقصير فلا يكون ضامناً حصة شريكه » .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٢٧ من التقنين العراقي التي تطابق نص المشروع التمهيدى للتقنين المصري الحالي (م ٦٩٠) .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٨٣ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

١ - تعتبر الشركة شخصاً حكماً بمجرد تكوينها .

٢ - ولا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات التسجيل والنشر التي يقرها القانون .

٣ - ولكن للغير أن يتمسك بهذه الشخصية رغم عدم استيفاء الإجراءات المشار إليها .

(مادة ٤٧٩)

١ - على كاتب المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن الشركة أن يسجل عقد الشركة بناء على طلب الشريك المنتدب للإدارة أو غيره من الشركاء ، وذلك في سجل خاص يرتب بحسب أسماء الشركات .

٢ - وعلى كاتب المحكمة كذلك أن يرسل الى قلم كتاب محكمة القاهرة صورة من عقد الشركة لاثباتها في سجل عام ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل .

٣ - وإذا ادخلت تعديلات على عقد الشركة ، وجب تسجيلها على الوجه المبين في الفقرتين السابقتين ، فيؤشر بها في هامش التسجيل الأصلي .

هذه المادة مستحدثة .

والغرض منها سد النقص الموجود في التقنين الحالي فيما يتعلق بنشر الشركة المدنية ، حتى يمكن الاحتجاج بها على الغير باعتبارها شخصاً قانونياً .

والسند الشرعى لهذه المادة ما تقتضيه المصلحة من رسم الإجراءات اللازمة لاستقامة التعامل وحفظ الحقوق ورفع النزاع .

ويلاحظ أن قيام كاتب المحكمة بتسجيل عقد الشركة إنما يكون بناء على طلب الشريك المنتدب لإدارة الشركة أو أى شريك آخر . فقد لا يكون للشركة مدير منتدب ، وقد يكون لها مدير منتدب ولكنه لم يتقدم بطلب تسجيل عقد الشركة ، وفي هذه الحالة أو تلك يستطيع أى شريك أن يتقدم بطلب تسجيل عقد الشركة .

كما يلاحظ أن أى تعديل يطرأ على عقد الشركة ، لتعديل اسم الشركة أو مدتها أو مركزها أو هيئة الإدارة فيها ، يجب استيفاء إجراءات النشر بالنسبة اليه كما هو الشأن بالنسبة الى عقد الشركة . حيث يؤشر بهذه التعديلات في هامش تسجيل العقد .

وبدون استيفاء إجراءات النشر على الوجه المبين في المادة المقترحة لا يجوز الاحتجاج على الغير بعقد الشركة وما ادخل عليه من تعديلات . وهذا جزاء اقتصر فيه المشروع على القواعد العامة .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٢٩ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يجوز أن تكون الحصص التي يقدمها الشركاء متفاوتة القيمة أو مختلفة في طبيعتها ، وأن تكون ملكية أموال أو مجرد الانتفاع بهذه الأموال » .

٢ - وتعتبر الحصص عند الشك متساوية في القيمة وأنها واردة على ملكية المال لأعلى مجرد الانتفاع به » . وهذه المادة تطابق المادة ٦٩٢ الفقرة الأولى من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (انظر المذكرة الايضاحية لنص المشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣١٢ - ٣١٤) .

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة ٢/٥٨٥ والمادة ١/٥٨٦ من التقنين الاردني .

فالمادة ٢/٥٨٥ من هذا التقنين تنص على انه « يجوز أن تكون حصص الشركاء متساوية أو متفاوتة ، ولا يجوز أن يكون الدين في ذمة الغير أو حصة فيه رأس مال للشركة » .

والمادة ١/٥٨٦ تنص على انه « يجوز أن تكون حصة الشريك في الشركة حق ملكية أو حق منفعة أو أى عينى آخر ... » .

انظر في الفقه الاسلامي المادتين ١٣٩٩ و ١٤١١ من المجلة .

(مادة ٤٨٣)

لا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ ، أو على ما يتمتع به من ثقة مالية .

هذه المادة تطابق المادة ٥٠٩ من التقنين الحالي .
وحكمها يتفق مع القواعد العامة .

انظر المذكرة الايضاحية لنص المادة ٦٩٢ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣١٣ و ٣١٤ .
والسند الشرعي للمادة المقترحة أن حصة الشريك المشار اليها ليست مالا ولا عملا ، الأمر الذي يتعارض مع مفهوم الشركة .

(مادة ٤٨٤)

إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغا من النقود ولم يقدم هذا المبلغ ، جاز للشركة ، فوق مطالبة بالوفاء بالتزامه ، أن تطالبه بالتعويض عما لحقها من ضرر بسبب تأخره في هذا الوفاء .

هذه المادة تقابل المادة ٥١٠ من التقنين الحالي التي تنص على انه إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغا من النقود ، ولم

(مادة ٤٨٠)

إذا تغير موطن الشركة ، وجب أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التي يتبعها الموطن السابق ، وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغير الموطن أن يرسل صورة من عقد الشركة والتعديلات المؤثر بها في هامش التسجيل الى المحكمة التي يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها في سجلاتها .

هذه المادة مستحدثة .

وحكمها تكمله طبيعة لحكم المادة السابقة . إذ أن تغيير موطن الشركة من قبيل التعديلات التي يمكن ادخالها على عقد الشركة ، ومن ثم يجب أن تنفذ بالنسبة اليها اجراءات النشر اللازمة .

(١) أركان الشركة

(مادة ٤٨١)

١ - يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا والا كان باطلا ، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفي الشكل الذي افرغ فيه ذلك العقد .

٢ - غير أن هذا البطلان لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير ، ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم ، الا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان .

هذه المادة تطابق المادة ٥٠٧ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٢٨ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٨٤ من التقنين الاردني .

وسندها الشرعي قوله سبحانه وتعالى : « يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » . اذا أن الكتابة في التعامل من شأنها حماية الحقوق ورفع النزاع .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٦٩١) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٠٨ - ٣١٠

(مادة ٤٨٢)

تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة ، وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥٠٨ من التقنين الحالي .

(مادة ٤٨٦)

١ - اذا تعهد الشريك بان يقدم حصته في الشركة عملاً ، وجب عليه أن يقوم بالخدمات التي تعهد بها ، وان يقدم حساباً عما يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولة العمل الذي قدمه حصته له .

٢ - على أنه لا يكون ملزماً بان يقدم للشركة ما يكون قد حصل عليه من حق اختراع ، الا اذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥١٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٣٢ من التقنين العراقي .

وتقابل الفقرة الثالثة من المادة ٥٨٦ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « اذا كانت الحصة عملاً ، وجب على الشريك أن يقوم بالخدمات التي تعهد بها في العقد » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (٦٩٥م) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٢٢ و ٣٢٣ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامي في هذا الصدد انظر في هذا : م ١٣٤٥ - ١٣٤٧ و ١٣٥٩ و ١٣٩٦ من المجلة .

والسند الشرعي للمادة المقترحة مجاء في قوله سبحانه وتعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) أو قوله عليه الصلاة والسلام : (المسلمون عند شروطهم) . اذ أن من شرط على نفسه عملاً في الشركة وجب عليه أدائه على الوجه المتفق عليه .

(مادة ٤٨٧)

اذا كانت الحصة التي قدمها الشريك هي ديون له في ذمة الغير ، فلا ينقض التزامه للشركة الا اذا استقرت هذه الديون . ويكون الشريك فوق ذلك مسؤولاً عن تعويض الضرر اذا لم توف الديون عند حلول أجلها .

هذه المادة تطابق المادة ٥١٣ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٣٣ من التقنين العراقي .

وتقابل ما تنص عليه المادة ٥٨٥/٢ من التقنين الأردني من أنه « لا يجوز أن يكون الدين في ذمة الغير أو حصة فيه رأس مال الشركة » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (٦٩٦م) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٢٥ .

يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة الى مطالبة قضائية أو اعدار ، وذلك دون اخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلي عند الاقتضاء » .

وقد عدل هذا النص بحذف ما يتعلق فيه بالفوائد جرياً على خطة المشروع في تحريمها . ولكن اذا كانت حصة الشريك مبلغاً من النقود ولم يقدمه في الوقت المقرر ، فإنه يجوز للشركة ، فوق مطالبتها بالوفاء بالتزامه ، أن تطالبه بالتعويض عما يكون قد لحقها من ضرر بسبب تأخره في هذا الوفاء . وذلك تطبيقاً للقاعدة الواردة في المادة ٢٣٦ من المشروع التي تنص على أنه « اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وتأخر المدين في الوفاء به ، جاز للدائن ان يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب هذا التأخير » .

وقد نص التقنين الكويتي في المادة ٣٠٦ منه على قاعدة تتفق في الجملة مع القاعدة التي أوردها المشروع في المادة ٢٣٦ المذكورة . وقد سبق ذكر النص الكويتي تحت المادة ٢٣٦ من المشروع .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٣٠ من التقنين العراقي التي تتفق في حكمها مع المادة ٥١٠ من التقنين المصري الحالي .

والهدف من المادة المقترحة هو حماية الثقة التي يجب أن تسود التعامل . ولا تباي الشريعة الاسلامية التعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن ، وهو الشركة فيما نحن بصدده ، في الحالة التي تتناولها هذه المادة .

(مادة ٤٨٥)

١ - اذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر ، فان احكام البيع هي التي تسري في ضمان الحصة اذا هلك ، أو استحققت ، أو ظهر فيها عيب أو نقص .

٢ - اما اذا كانت الحصة مجرد الانتفاع بالمال ، فان احكام الايجار هي التي تسري في كل ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥١١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٣١ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٥٨٦/٢١ من التقنين الأردني .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (٦٩٤م) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣١٩ - ٣٢١ .

وانظر في الفقه الاسلامي م ١٣٤٢ من المجلة .

والسند الشرعى لهذه التعديلات ما يأتى :

١ - وفيما يتعلق بالفقرة الأولى من المادة المقترحة ، نصت المادة ١٣٧١ من المجلة على أنه «إذا تساوى الشريكان فى رأس المال وشرطاً من الربح حصة زائدة لأحدهما فالشركة صحيحة » . كما نصت المادة ١٣٧٢ من المجلة على أنه « إذا شرط تقسيم الربح على التساوى بين الشريكين اللذين رأسمالهما متفاضل فيكون شرط أخذ حصة الزيادة من الربح صحيحاً » .

٢ - وفيما يتعلق بالفقرة الثانية من المادة المقترحة، نصت المادة ١٣٦٩ من المجلة على أن «الضرر والخسار الواقع بلا تعدولا تقصير منقسم على كل حال على مقدار رأس المال ، وإذا شرط على وجه آخر فلا يعتبر » .

٣ - وفيما يتعلق بالفقرة الثالثة من المادة المقترحة، نصت المادة ١٤٢٨ من المجلة على ما يأتى :

« على كل حال يكون الضرر والخسار عائدا الى رب المال ، وإذا شرط كونه مشتركا بينه وبين المضارب فلا يعتبر ذلك الشرط » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٣٤ من التقنين العراقى التى تتفق فى حكمها مع المادة ٥١٤ من التقنين المصرى الحالى .
وتقابل المادة ٥٨٧ من التقنين الأردنى .

(مادة ٤٨٩)

إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم فى أرباح الشركة أو فى خسائرها ، كان عقد الشركة باطلا .

هذه المادة تقابل المادة ٥١٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :
« ١ - إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم فى أرباح الشركة أو فى خسائرها ، كان عقد الشركة باطلا .

٢ - ويجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذى لم يقدم غير عمله من المساهمة فى الخسائر ، بشرط ألا يكون قد تقرر له أجر على عمله » .

وقد روى حذف الفقرة الثانية من نص التقنين الحالى اتساقاً مع ما تقرر فى المادة السابقة من أنه إذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله ، كان نصيبه فى الخسارة هو عمله .

والسند الشرعى للمادة المقترحة هو أن اشتراط عدم مساهمة أحد الشركاء فى أرباح الشركة أو فى خسائرها شرط ينافى مقتضى العقد .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ما نصت عليه المادة ١٤٠٩ من المجلة من أنه « إذا قال رب المال فى المضاربة للمضارب أقبض الدين الذى لى فى ذمة فلان واستعمله على طريق المضاربة وقبل فتكون صحيحة » .

(مادة ٤٨٨)

١ - إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء فى الربح ، كان نصيب كل منهم فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال .

٢ - أما نصيب كل من الشركاء فى الخسارة ، فيتعين أن يكون بنسبة حصته فى رأس المال . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

٣ - وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله ، وجبان يقدر نصيبه فى الربح تبعاً لما تفيدته الشركة من هذا العمل . أما نصيبه فى الخسارة فهو عمله . وإذا قدم فرق عمله نقوداً أو أى شئ آخر ، كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه .

هذه المادة تقابل المادة ٥١٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء فى الأرباح والخسائر، كان نصيب كل منهم فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال .

٢ - فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء فى الربح ، وجب اعتبار هذا النصيب فى الخسارة أيضاً ، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب فى الخسارة .

٣ - وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله ، وجب أن يقدر نصيبه فى الربح والخسارة تبعاً لما تفيدته الشركة من هذا العمل ، فإذا قدم فوق عمله نقوداً أو أى شئ آخر ، كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - استبدلت الفقرة الأولى من المادة المقترحة بالفقرة الأولى من نص التقنين الحالى . حيث أنه فى حالة عدم الاتفاق على نصيب كل من الشركاء فى الربح ، يكون نصيب كل منهم فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال . ويجوز الاتفاق على غير ذلك . إذ أن هذا الجواز إنما يقتصر على التعديل فى نسبة الربح على خلاف ما تقتضى به القاعدة .

٢ - أوجبت الفقرة الثانية من المادة المقترحة أن يكون نصيب كل من الشركاء فى الخسارة بنسبة حصته فى رأس المال ، بحيث لا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك .

٣ - عدلت الفقرة الثالثة من نص التقنين الحالى بما يفيد أنه فى حالة ما إذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله، يكون نصيبه فى الخسارة هو عمله .

من حق أغلبية الشركاء المنتدبين رفض هذا الاعتراض ، فإذا تساوى الجانبان كان الرفض من حق أغلبية الشركاء جميعاً .

٢ - أما إذا اتفق على أن تكون قرارات الشركاء المنتدبين بالإجماع أو بالأغلبية ، فلا يجوز الخروج على ذلك ، إلا أن يكون لأمر عاجل تترتب على تفويته خسارة جسيمة لاستطيع الشركة تعويضها .

هذه المادة تطابق المادة ٥١٧ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٣٧ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٥٩٢/٢ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « إذا كانت الانابة لأكثر من شريك ، ولم يؤذن لهم بالانفراد ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا فيما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي أو في أمر عاجل يترتب على تفويته ضرر للشركة » .

أنظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٠٠) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص (٣٤١ - ٣٤٣) .

والسند الشرعي للمادة المقترحة هو أن من يندب لإدارة الشركة يكون بمثابة وكيل .

(مادة ٤٩٢)

إذا وجب أن يصدر قرار بالأغلبية ، تعين الأخذ بالأغلبية العديدة ، فالم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥١٨ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٣٨ من التقنين العراقي التي تطابق نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٠١) .

أنظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٠١) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٤٤ .

(مادة ٤٩٣)

ليس للشركاء من غير المديرين حق الإدارة ، ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها . وكل اتفاق يخالف ذلك فهو باطل .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٥١٩ من التقنين الحالي التي تنص على أن « الشركاء غير المديرين ممنوعون من الإدارة ، ولكن يجوز لهم أن

وقد نصت المادة ١٣٦٩ من المجلة على أن « الضرر والخسار الواقع بلا تعد ولا تقصير منقسم على كل حال على مقدار رأس المال ، وإذا شرط على وجه آخر فلا يعتبر » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٩٠ من التقنين الأردني التي تطابق المادة ٥١٥ من التقنين الحالي .

وتقابل المادة ٦٣٥ من التقنين العراقي .

(٢) إدارة الشركة

(مادة ٤٩٠)

١ - للشريك المنتدب للإدارة بنص خاص في عقد الشركة أن يقوم ، بالرغم من معارضة سائر الشركاء ، بأعمال الإدارة وبالتصرفات التي تدخل في غرض الشركة ، متى كانت أعماله وتصرفاته خالية من الغش . ولا يجوز عزل هذا الشريك من الإدارة دون مسوغ ، مادامت الشركة باقية .

٢ - وإذا كان انتداب الشريك للإدارة لاحقاً لعقد الشركة ، جاز الرجوع فيه كما يجوز في التوكيل العادي .

٣ - أما المديرون من غير الشركاء ، فهم دائماً قابلون للعزل .

هذه المادة تطابق المادة ٥١٦ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٣٦ من التقنين العراقي .

والفقرة الأولى منها تقابل المادة ٥٩٢ / ١ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا اتفق في عقد الشركة على انابة أحد الشركاء في تمثيل الشركة وإدارة أعمالها تثبت له وحده ولاية التصرف في كل مآثولته الانابة وما يتصل بها من توابع ضرورية .

٣ - ولا يجوز عزل من اتفق على انابته في عقد الشركة ولا تقييد تلك الانابة دون مسوغ مادامت الشركة قائمة » .

أنظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٦٩٩) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٣٧ - ٣٣٩ . وأنظر في الفقه الاسلامي : م ١٣٨٢ و ١٤١٦ من المجلة . فقد نصت المادة ١٣٨٢ على أنه « إذا فوض أحد الشريكين أمور الشركة إلى رأي الآخر فله أن يعمل كل شيء من توابع التجارة ، لكن لا يجوز له اتلاف المال ولا التمليك بغير عوض » . إذ أن هذا التفويض إنما يكون في عقد الشركة .

(مادة ٤٩١)

١ - إذا تعدد الشركاء المنتدبون للإدارة دون أن يعين اختصاص كل منهم ، ودون أن ينص على عدم جواز انفراد أي منهم بالإدارة ، كان لكل منهم أن يقوم منفرداً بأي عمل من أعمال الإدارة ، على أن يكون لكل من باقي الشركاء المنتدبين أن يعترض على العمل قبل تمامه ، وعلى أن يكون

٢ - وعليه أن يمتنع عن أي نشاط يلحق الضرر بالشركة ، أو يكون مخالفا للغرض الذي انشئت لتحقيقه .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢١ من التقنين الحالي ، مع تغيير وضع
لل من الفقرتين ، بحيث أصبحت الفقرة الأولى في نص هذا التقنين
هي الفقرة الثانية في المادة المقترحة ، لأن الحكم الذي تنص عليه
هذه الفقرة الثانية يعتبر نتيجة لحكم الفقرة الأولى إذ أن واجب الشريك
في أن يبذل من عنايه في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في تدبير
مصالحه الخاصة يترتب عليه أن يمتنع الشريك عن أي نشاط يلحق
الضرر بالشركة أو يكون مخالفا للغرض الذي انشئت من أجله .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٦٤١ من التقنين العراقي ، مع
اختلاف وضع كل من الفقرتين .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٩٧ من التقنين الأردني .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي
للتقنين الحالي (م ٧٠٤) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٥٢
وانظر في الفقه الاسلامي : م ٢٣٥٠ من المجلة البدائع ج ٣ ص ٦٨ .
المغنى ج ٥ ص ٤٦ .

(مادة ٤٩٦)

١ - اذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغا من مال الشركة ، وجب عليه
تعويض الضرر الذي يلحق بها من جراء ذلك .

٢ - واذا أمد الشريك الشركة من ماله ، أو أنفق في مصالحتها
مصرفات نافعة عن حسن نية وتبصر ، وجب له على الشركة تعويض
الضرر الذي يلحق به من جراء ذلك .

هذه المادة تقابل المادة ٥٢٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما
يأتى :

١ - اذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغا من مال الشركة ، كزمنه
فوائد هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه ، بغير حاجة الى مطالبة قضائية
أو إغذار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكبد
عند الاقتضاء .

٢ - واذا أمد الشريك الشركة من ماله ، أو أنفق في مصالحتها
من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر ، وجبت له على الشركة
فوائد هذه المبالغ من يوم دفعها .

يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها ، وكل اتفاق على غير
ذلك باطل .

وقد أدخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد في المادة
المقترحة .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٣٩ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٩٦ من التقنين الأردني .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين

الحالي (م ٧٠٢) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٤٦ .
وانظر في الفقه الاسلامي : م ١٣٧٥ من المجلة .

(مادة ٤٩٤)

اذا لم يوجد نص خاص على طريقة الادارة ، اعتبر كل شريك مفوضا
من الآخرين في ادارة الشركة ، وتأن له أن يباشر أعمال الشركة دون
الرجوع الى غيره من الشركاء ، على أن يكون لهؤلاء أو لاي منهم حق
الاعتراض على أي عمل قبل تمامه ، ولأغلبية الشركاء الحق في رفض
هذا الاعتراض .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٠ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٤٠ من التقنين العراقي التي تطابق نص
المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٠٣) .

وتقابل المادة ٥٩٣/٢ و ٣ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتى :

٢ - للمدير أن يتصرف في حدود أغراض الشركة التي نيظت به
على أن يتقيد في ذلك بنصوص العقد ، فإن لم تكن فيما جرى به العرف
التجاري .

٣ - اذا خرج المدير عن نطاق اختصاصه ضمن كل ضرر يلحق
بالشركة من جراء تصرفه .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي الحالي
(م ٧٠٣) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٤٨ - ٣٥٠ .

وانظر في الفقه الاسلامي : م ١٣٧٣ و ١٣٧٩ و ١٣٨٦ و ١٣٨٩ من
المجلة .

(٣) آثار الشركة

(مادة ٤٩٥)

١ - على الشريك أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة
ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة ، الا اذا كان منتدبا للإدارة بأجر
فلا يجوز أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل العادي .

قد عدلت هذه المادة في فقرتها بعذف العبارات التي تتحدث عن الفوائد ، واستعير عنها في الفقرة الأولى بما يفيد التزام الشريك بتعويض الضرر الذي يلحق الشركة من جراء أخذه مبلغاً من مال الشركة أو احتجازه ، وفي الفقرة الثانية بما يفيد التزام الشركة بتعويض الضرر الذي يلحق الشريك من جراء مد الشركة من ماله أو انفاقه في مصلحتها مصروفات نافعة عن حسن نية وتبصر . وذلك في ضوء الخطة التي جرى عليها المشروع في تعريبه للفوائد ، وتطبيقاً للقاعدة الواردة في المادة ٢٣٦ من المشروع التي تنص على أنه « إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود وتأخر المدين في الوفاء به ، جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب هذا التأخير » . ذلك أن الشريك إذا أخذ مبلغاً من مال الشركة أو احتجازه ، وجب عليه أن يدفعه فوراً للشركة ، فإذا تأخر في دفعه التزم بتعويض الضرر الذي يلحق بالشركة بسبب هذا التأخير . وإذا مد الشركة من ماله أو انفق في مصلحتها مصروفات نافعة ، وجب على الشركة أن تدفع له فوراً مقدار ما قسمه لها من مال أو ما أنفقته لمصلحتها ، فإذا تأخرت في دفعه التزمت بتعويض الضرر الذي يلحق بالشريك بسبب هذا التأخير .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٦٤٢ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٥٩٨ من التقنين الاردني التي تنص على أنه « لا يجوز للشريك ان يحتجز لنفسه شيئاً من مال الشركة ، فان فعل كسان ضامناً كل ضرر يلحق بها من جراء هذا الاحتجاز » .

أنظر في الفقه الاسلامي : م ١٣٥٥ من المجلة ، وهي تتحدث عن حق الشركة في استرداد ما أخذه الشريك من مال الشركة ، م ١٣٨١ و ١٤١٩ من المجلة ، وهما يتحدثان عن حق الشريك في استرداد ما أنفقته لمصلحة الشركة .

(مادة ٤٩٧)

إذا لم تف أموال الشركة بديونها ، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة ، كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة . ويكون باطلاً كل اتفاق يعفى الشريك من المسئولة عن ديون الشركة .

هذه المادة تقابل المادة ٥٢٣ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا لم تف أموال الشركة بديونها ، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة ، كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة ، ما لم يوجد اتفاق على نسبة أخرى . ويكون باطلاً كل اتفاق يعفى الشريك من المسئولة عن ديون الشركة .

٢ - وفي كل حال يكون لدائن الشركة حق مطالبة الشركاء ككل بقدر الحصة التي تخصصت له في أرباح الشركة .

وقد أدخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - حذفت من الفقرة الأولى عبارة « ما لم يوجد اتفاق على نسبة أخرى » . وذلك اتساقاً مع ما تقدم تقريره من أن الخسائر التي يتحملها أحد الشركاء يجب أن تكون بنسبة حصته في رأس المال .

٢ - حذفت الفقرة الثانية اتساقاً مع ما تقدم تقريره من أن الخسائر التي يتحملها أحد الشركاء يجب أن تكون بنسبة حصته في رأس المال .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٤٣ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٥٢٣ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المادة ٥٩٩ من التقنين الاردني .

والسند الشرعي للمادة المقترحة ما جاء في رد المحتار : « وكل دين لزم أحدهما كان مشتركاً » (ج ٣ ص ٥٢٢) . وما جاء في الفتاوى الهندية : « ما وجب على أحدهما فلصاحب الدين ان يؤاخذ كل واحد منهما ، لأن كل واحد منهما كفيلاً عن الآخر » .

(مادة ٤٩٨)

١ - لا تضامن بين الشركاء فيما يلزم كلا منهم من ديون الشركة ، ما لم يتفق على خلاف ذلك .

٢ - غير انه إذا عسر أحد الشركاء ، وزعت حصته في الدين على الباقين كل بقدر نصيبه في تحمل الخسارة .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٤ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٤٤ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٥٩٩/٢ من التقنين الاردني التي تنص على أنه « إذا اشترط تكافل الشركاء في عقد الشركة فإنهم يتحملون الدين جميعاً بالتضامن » .

أما إذا حصل المد قبل انقضاء الميعاد ، أو قبل الانتهاء من العمل ،
كان ذلك استمرارا للشركة .

٣ - وإذا انقضى الميعاد المعين أو انتهى العمل ، ثم استمر الشركاء
يقومون بعمل من نوع الأعمال التي تالفت لها الشركة ، تجدد العقد سنة
فسنة بالشروط ذاتها .

٤ - ويجوز لدائن أحد الشركاء أن يعترض على هذا الامتداد أو
التجديد ، ويترتب على اعتراضه وقف أثره في حقه .

هذه المادة تقابل المادة ٥٢٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما
يأتي :

١ - تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها ، أو بانتهاء العمل
الذي قامت من أجله .

٢ - فإذا انقضت المدة المعينة أو انتهى العمل ، ثم استمر الشركاء
يقومون بعمل من نوع الأعمال التي تالفت لها الشركة ، امتد العقد سنة
فسنة بالشروط ذاتها .

٣ - ويجوز لدائن أحد الشركاء أن يعترض على هذا الامتداد ،
ويترتب على اعتراضه وقف أثره في حقه .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - أضيفت فقرة جديدة ، هي الفقرة الثانية في المادة المقترحة ،
لاظهار الفارق بين امتداد الشركة وتجديدها . وقد كانت الفقرة الأولى
من المادة ٧١١ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي تجرى بهذا المعنى
فتقول : « إذا مد أجل الشركة بعد انقضاء المدة المحددة لها كانت
هناك شركة جديدة . أما إذا حصل المد قبل انقضاء المدة المحددة ،
كان ذلك استمرارا للشركة الأولى » . إذ أن مد أجل الشركة بعد
انقضاء الميعاد المعين لها ، أو بعد انتهاء العمل الذي قامت من أجله ،
يكون تجديدا صريحا للشركة . أما إذا حصل المد قبل انقضاء الميعاد ،
أو قبل الانتهاء من العمل ، فإن هذا يكون امتدادا للشركة .

٢ - جرى اصلاح الخطأ الموجود في الفقرة الثانية من نص التقنين
الحالي ، وذلك باستبدال عبارة « تجدد العقد » بعبارة « امتد العقد » ،
لأن استمرار الشركاء في القيام بعمل من نوع الأعمال التي تالفت لها
الشركة بعد انقضاء الميعاد المعين أو انتهاء العمل ، يعتبر تجديدا ضميا
للعقد .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين
الحالي (م ٧٠٨) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٦٠ و ٣٦١
وانظر في القواعد الإسلامية : م ١٣٣٤ و ١٣٣٥ و ١٣٥٦ من المجلة .

(مادة ٤٩٩)

إذا كان لأحد الشركاء دائنون شخصيون ، فليس لهم أثناء الشركة
أن يتقاضوا حقوقهم مما يخص ذلك الشريك في رأس المال ، وإنما لهم
أن يتقاضوها مما يخصه في الأرباح . أما بعد تصفية الشركة فيكون لهم
أن يتقاضوا حقوقهم من نصيب مدينهم في أموال الشركة بعد استئصال
ديونها ، ومع ذلك يجوز لهم قبل التصفية توقيع الحجز التحفظي على
نصيب هذا المدين .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٥ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٤٥ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٦٠٠ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا كان أحد الشركاء مدينا لآخر بدين شخصي فليس لدائنه
أن يستوفي حقه مما يخص ذلك الشريك في رأس المال قبل تصفية
الشركة . ولكن يجوز له استيفاؤه مما يخص المدين من الربح .

٢ - أما إذا كان عقد الشركة يتضمن التكافل بين الشركاء فلهذا
الدائن استيفاء دينه من رأس مال الشركة بعد تصفيتها .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين
الحالي (م ٧٠٩) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٦٣ .

والسند الشرعي لهذه المادة هو ما تقرّر من أن للشركة شخصية
اعتبارية ، وأن هذه الشخصية تنتهي في الوقت الذي تتم فيه التصفية .

٤ - انقضاء الشركة

(مادة ٥٠٠)

١ - تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها ، أو بانتهاء العمل
الذي قامت من أجله .

٢ - فإذا مد أجل الشركة بعد انقضاء الميعاد المعين لها ، أو بعد
انتهاء العمل الذي قامت من أجله ، كانت هناك شركة جديدة .

نقدا • ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق ، الا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة عن عمليات سابقة على ذلك الحادث •

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٨ من التقنين الحالي ، مع حذف عبارة « أو باعساره » من الفقرة الأولى ، وحذف عبارة « أو أعسر » من الفقرة الثانية ، نظرا الى أن المشروع لم يورد تنظيما للاعسار ، على خلاف التقنين الحالي ، للاعتبارات التي تقدم ذكرها (راجع النظرة العامة فيما يتعلق بالوسائل التي تكفل حقوق الدائنين) •

وتطابق المادة ٦٤٦/د والمادة ٦٤٨ من التقنين العراقي •
وتتفق في حكمها مع المادة ٦٠٢ من التقنين الاردني •

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي (م ٧١٠/د و م ٧١٢) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٦٦ - ٢٧٠ و ٢٧٧ و ٢٧٨ •

وانظر في الفقه الاسلامي : م ١٣٥٢ من المجلة •

(مادة ٥٠٣)

- ١ - تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء اذا كانت مدتها غير معينة ، على أن يعلن الشريك ارادته في الانسحاب الى سائر الشركاء قبل حصوله ، والا يكون انسحابه عن غش او في وقت غير لائق •
- ٢ - وتنتهي كذلك باجماع الشركاء على حلها •

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٩ من التقنين الحالي ، مع استبدال كلمة « كذلك » في الفقرة الثانية بكلمة « أيضا » •

وتقابل المادة ٦٤٦/هـ ، و من التقنين العراقي التي تنص على أن « تنتهي الشركة بأحد الأمور الآتية :

- (هـ) بانسحاب أحد الشركاء من الشركة اذا كانت مدة الشركة غير محددة ، على أن يعلن الشريك ارادته في الانسحاب لسائر الشركاء قبل حصوله بثلاثة أشهر ، وعلى الا يكون انسحابه عن غش او في وقت غير مناسب •

(و) باجماع الشركاء على حلها •

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي (م ٧١٠/هـ ، و) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٦٦ - ٣٧٠ •

وانظر في الفقه الاسلامي : م ١٣٥٢ و ١٤٢٤ من المجلة •

٣ - اضيفت الى الفقرة الأخيرة عبارة « أو التجديد » ، اذ أن اعتراض أحد الشركاء يصح أن يشمل الامتداد أو التجديد •

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٤٦/ب و ب والمادة ٦٤٧ من التقنين العراقي •

وتتفق في حكمها مع المادة ١/٦٠١ والمادة ٦٠٢ من التقنين الاردني •
انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي (م ٧١٠/ب و ب و م ٧١١) في مجموعه الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٦٥ - ٣٧١ •
وانظر في الفقه الاسلامي : م ١٤٠٧ و ١٤٢٣ من المجلة •

(مادة ٥٠١)

- ١ - تنتهي الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى نائفة في اسرارها •

٢ - وإذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئا معينا بالذات وهدت هذا الشيء قبل تقديمه ، أصبحت الشركة منحلّة في حق جميع الشركاء •

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٧ من التقنين الحالي •

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٤٦/ج من التقنين العراقي •

وتتفق في حكمها مع المادة ٢/٦٠١ من التقنين الاردني •

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي (م ٧١٠/ج و م ٧١٢) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٦٦ - ٣٦٩ و ص ٣٧٢ و ٣٧٤ •

وانظر في الفقه الاسلامي : م ١٤٢٧ من المجلة •

(مادة ٥٠٢)

- ١ - تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بافلاسه

٢ - ومع ذلك يجوز الاتفاق على أنه اذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع وراثته ، ولو كانوا قسرا •

٣ - ويجوز كذلك الاتفاق على أنه اذا مات أحد الشركاء أو حجر عليه أو أفلس أو انسحب وفقا لاحكام المادة التالية ، تستمر الشركة فيما بين الباقيين من الشركاء • وفي هذه الحالة لا يكون لهذا الشريك أو وراثته الانصيب في اموال الشركة ، ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم وقوع الحادث الذي أدى الى خروجه من الشركة ، ويدفع له

٥ - تصفية الشركة وقسمتها

(مادة ٥٠٦)

تتم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة المبينة في العقد ، وعند خلوها من حكم خاص تتبع الأحكام الآتية .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٥١ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٦٠٦ من التقنين الأردني التي تنص على أن « يتم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة التي ارتضاها الشركاء ، فإذا لم يتفقوا جاز لأي من أصحاب المصلحة أن يطلب من المحكمة تعيين مصف أو أكثر لأجراء التصفية والقسمة » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧١٦) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٩٠ و ٣٩١ . وانظر في الفقه الاسلامي : م ١١١٤ و ١١٢٠ من المجلة .

(مادة ٥٠٧)

تنتهي عند حل الشركة سلطة المديرين ، أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية والى أن تنتهي هذه التصفية .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٣ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٥٢ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكم الشطر الأخير منها مع المادة ١/٦٠٧ من التقنين الأردني التي تنص على أن « تبقى للشركة شخصيتها الحكيمة بالقدر اللازم للتصفية » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧١٧) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٩٢ و ٣٩٣ . والسند الشرعي للنص المقترح أن مدير الشركة بمثابة وكيل ، فإذا مات الموكل انتهت الوكالة .

(مادة ٥٠٨)

١ - يقوم بالتصفية ، عند الاقتضاء ، اما جميع الشركاء واما مصف واحد او أكثر تعينهم اغلبيية الشركاء .

٢ - واذا لم يتفق الشركاء على تعيين المصفي ، تولى القاضي تعيينه بناء على طلب احدهم .

(مادة ٥٠٤)

١ - يجوز للمحكمة أن تقضى بحل الشركة بناء على طلب احد الشركاء ، لعدم وفاء شريك بما تعهد به او لأي سبب آخر لا يرجع الى الشركاء .
ويقدر القاضي ما ينطوي عليه هذا السبب من خطورة تسوغ الحل .

٢ - ويكون باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٠ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٤٩ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٦٠٤ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « يجوز للمحكمة أن تقضى بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو الحق بالشركة ضرراً جوهرياً من جراء تولى شئونها » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧١٤) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٨٥ و ٣٨٦ .

وانظر في الفقه الاسلامي : م ١٣٥٣ من المجلة .

(مادة ٥٠٥)

١ - يجوز لكل شريك أن يطلب من القضاء الحكم بفصل أي من الشركاء يكون وجوده في الشركة قد أثار اعتراضاً على مد أجلها أو تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره سبباً مسوغاً لحل الشركة ، على أن تظل الشركة قائمة فيما بين الباقيين .

٢ - ويجوز كذلك لأي شريك ، اذا كانت الشركة معينة المدة ، أن يطلب من القضاء اخراجه من الشركة متى استند في ذلك الى أسباب معقولة ، وفي هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق باقي الشركاء على استمرارها .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٠٥ من التقنين الأردني .

وتطابق فقرتها الأولى المادة ٦٥٠ من التقنين العراقي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧١٥) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٨٨ .

والسند الشرعي للنص المقترح ما تنص عليه المادة ١٩ من المجلة : « لا ضرر ولا ضرار » . وما تنص عليه المادة ٢٠ من المجلة : « الضرر يزال » .

- ٣ - وفي الحالات التي تكون فيها الشركة باطلة ، تعين المحكمة المصفي ، وتحدد طريقة التصفية ، بناء على طلب كل ذي شأن .
- ٤ - وحتى يتم تعيين المصفي يعتبر المديرون بالنسبة الى الغير في حكم المصفين .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٥٣ من التقنين العراقي :

وتتفق في حكم الفقرة الأخيرة منها مع المادة ٢/٦٠٧ من التقنين الاردني .
انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧١٨) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٩٥ - ٣٩٧ .

وانظر في الفقه الاسلامي : م ١١١٤ و ١١٢٠ - ١١٢٢ من المجلة .

(مادة ٥٠٩)

- ١ - ليس للمصفي أن يبدأ أعمالاً جديدة للشركة ، الا ان تكون لازمة لاتمام أعمال سابقة .

- ٢ - ويجوز له ان يبيع مال الشركة منقولاً او عقاراً ، اما بالزاد واما بالممارسة ، ما لم ينص في أمر تعيينه على تقييد هذه السلطة .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٥ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٥٤ من التقنين العراقي ، فيما عدا ان يبيع مال الشركة لا يكون الا بالقدر اللازم لوفاء الديون في هذا التقنين .
انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧١٩) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٩٨ - ٤٠٦ .

(مادة ٥١٠)

- ١ - تقسم اموال الشركة بين الشركاء جميعاً ، وذلك بعد استيفاء الدائنين لحقوقهم ، وبعد استئصال المبالغ اللازمة لوفاء الديون التي لم تحل او الديون المتنازع فيها ، وبعد رد المصروفات او القروض التي يكون احد الشركاء قد باشرها في مصلحة الشركة .

- ٢ - ويختص كل واحد من الشركاء بمبلغ يعادل قيمة الحصة التي قدمها في رأس المال كما هي مبينة في العقد ، او يعادل قيمة هذه الحصة وقت تسليمها اذا لم تبين قيمتها في العقد ، مما لم يكن الشريك قد اقتصر على تقديم عملة او اقتصر فيما قدمه من شيء على حق المنفعة فيه او على مجرد الانتفاع به .

- ٣ - واذا بقي شيء بعد ذلك ، وجبت قسمته بين الشركاء بنسبة نصيب كل منهم في الأرباح .

- ٤ - اما اذا لم يكف صافي مال الشركة للوفاء بحصص الشركاء ، فان الخسارة توزع عليهم جميعاً بنسبة حصة كل منهم في رأس المال .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٦ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « بنسبة حصة كل منهم في رأس المال » في نهاية الفقرة الأخيرة بعبارة « بحسب النسبة المتفق عليها في توزيع الخسائر » وذلك انساقاً مع ما تقدم تقريره من أن توزيع الخسائر على الشركاء يجب أن يكون بنسبة حصة كل منهم في رأس المال .

وتقابل المادة ٦٥٥ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٥٣٦ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المادتين ٦٠٨ ، ٦١٠ من التقنين الاردني اللتين تتفقان في الحكم مع المادة ٥٣٦ من التقنين المصري الحالي .

انظر في الفقه الاسلامي : م ١٣٥٤ من المجلة .

(مادة ٥١١)

تتبع في قسمة اموال الشركة القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٧ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « قسمة اموال الشركة » بعبارة « قسمة الشركات » .

وتطابق المادة ٦٥٦ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٦٠٩ من التقنين الاردني ، فيما عدا العبارة المستبدلة في نص التقنين المصري الحالي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (مادة ٧٢١) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٠٦ .

الفرع الثاني

بعض انواع الشركات

نظرة عامة

نظم المشروع ثلاثة انواع خاصة من الشركات استمدتها من الفقه الاسلامي ، وهي شركة المضاربة وشركة الأعمال وشركة الوجوه ، وذلك لتخليص التعامل مما يشوبه من أوضاع غير شرعية ولواجهة الواقع العملي في مجتمعنا .

الضرب في الأرض بمعنى السير فيها • فقد قال سبحانه وتعالى :
« وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله » • واصطلاحاً يقع
المال الى من يتصرف به ليكون الربح بينهما على ما شرطاً •

انظر : ابن عابدين ج ٤ ص ٥٠٤ • فتح التقدير ج ٧ ص ٥٨ •
والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٦٠ من التقنين العراقي •
وتتفق في حكمها مع المادة ٦٢١ من التقنين الأردني •

(مادة ٥١٣)

يجب ان تتوافر لدى كل من رب المال والمضارب اهلية التصرف •

هذه المادة مستحدثة •

وفي الفقه الاسلامي على مذهب الامام أبي حنيفة نصت المادة ١٤٠٨
من المجلة انه « تشترط اهلية رب المال للتوكيل والمضارب للوكالة » •

ونؤخذ من هذا النص ان رب المال يجب ان تتوافر لديه اهلية
التصرف ، وهو ما يتفق مع النص المقترح بالنسبة الى رب المال • أما
اهلية الوكيل بالنسبة الى المضارب ، فقد روي أنها لا تكفي ، فقد تكون
دون اهلية التصرف ، مع ان أعمال الاستثمار التي يباشرها المضارب
غالباً ما تكون من أعمال التصرف ، ولذلك سوى النص المقترح بين رب
المال والمضارب في اشتراط اهلية التصرف لدى كل منهما •

والمادة المقترحة تقابل المادة ١/٦٦١ من التقنين العراقي ، وهي
تتفق في حكمها مع المادة ١٤٠٨ من المجلة •

وتقابل المادة ٧/٦٢٢ من التقنين الأردني ، وهي تتفق في حكمها مع
المادة ١٤٠٨ من المجلة •

(مادة ٥١٤)

يشترط ان يكون رأس المال مبلغاً من النقود ، وان يكون معلوماً
للطرفين ، وان يسلم الى المضارب •

هذه المادة مستحدثة •

وهي تعدد الشروط التي يجب توافرها في رأس مال المضاربة وفقاً
لما يقرره الفقه الاسلامي •

فيشترط ان يكون رأس المال في المضاربة مبلغاً من النقود • فلا يجوز
ان يكون عقاراً ، أو من العروض ، أو ديناً في الزمة • لكن اذا أعطى رب
المال للمضارب عقاراً أو عروضاً ، وعهد اليه ببيعها والمضاربة بشئها ،
فقبل المضارب وقبض المال وباعه واتخذ من ثمنه النقدي رأس مالاً ،
فتكون المضاربة صحيحة • كذلك اذا عهد رب المال الى المضارب ان يقبض
الدين الذي له في ذمة شخص معين محدداً مقداره لكي يستخدمه بطريق
المضاربة وقبل ، فتكون المضاربة صحيحة • وهذا ما نصت عليه المادة
١٤٠٩ من المجلة •

وأولى هذه الشركات وأهمها هي شركة المضاربة التي يساهم فيها رب
المال بتقديم رأس المال ويساهم فيها المضارب بالعمل • فهي البديل
الشرعي لنظام القرض بفائدة حينما يحتاج صاحب مشروع معين الى مال
لإقامة هذا المشروع والسير فيه • اذ ان ما يجري حالياً هو ان يلجأ
صاحب المشروع الى مصرف أو هيئة أخرى أو أحد الأفراد ، فيحصل منه
على قرض ، يبلغ من المال بفائدة يتفق عليها ، وهو ما يعنى التعامل
بالربا • والبديل الشرعي لهذا الضرب من التعامل ان تقوم شركة يساهم
فيها رب المال ، وهو المصرف أو الهيئة أو أحد الأفراد ، برأس المال ،
ويساهم فيها المضارب ، وهو صاحب المشروع ، بعمله ، على ان يقتسم
الطرفان الربح بنسبة يتفق عليها • وقد انتشرت الآن المضاربات الاسلامية
بنزجة ملحوظة واتخذت من شركة المضاربة نظاماً شرعياً سواء في
علاقتها بأصحاب الودائع أو في علاقتها بأصحاب المشروعات •

أما شركة الأعمال فيساهم فيها كل شريك بعمله ، حيث يقوم الشركاء
بعمل معين لصالح الغير في مقابل أجر معين يقسم بينهم بنسبة يتفق
عليها • وهذا النوع من الشركات يواجه واقعا عمليا • كان تقوم شركة
يقع عند من المهنيين ، كالأطباء والمهندسين والمحامين والمقاولين • أو تقوم
شركة بين عدد من الحرفيين ، كأصحاب الصنائع •

أما شركة الوجوه فتقوم على شراء مال نسيئة ثم بيعه واقتسام
ما ينشأ عن ذلك من ربح •

شركة المضاربة

(مادة ٥١٢)

المضاربة شركة يساهم فيها رب المال برأس المال ، ويساهم المضارب
بالعمل •

هذه المادة مستحدثة كبقية النصوص في شركة المضاربة •

ففي شركة المضاربة يقدم أحد الطرفين المال ، ويقدم الطرف الآخر
العمل ، ويقسمان الربح بنسبة يتفق عليها •

ونصوص المضاربة جميعها مستمدة من الفقه الاسلامي على مذهب
الامام أبي حنيفة كما سبق القول •

فقد نصت المادة ١٤٠٤ من المجلة على ان « المضاربة نوع شركة على ان
رأس المال من طرف والسعي والعمل من الطرف الآخر » • ويقال لصاحب
رأس المال رب المال وللعامل مضارب • •

ونصت المادة ٤٣٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب
الامام أبي حنيفة على ان « المضاربة عقد شركة في الربح بمال من جانب
وعمل من جانب » • وقد جاء في مذكرتها الايضاحية ان المضاربة لغة من

والإيجار والاستئجار • وله البيع بالنقد أو بالنسيئة للأجل المتعارف بين التجار • وله أن يقبل الحوالة بشمن المال الذي باعه • وليس له أن يشتري المال بالغبن الفاحش ، فان فعل ذلك عد مشتريا لحسابه فلا يدخل المال في حساب المضاربة • وهذا مانصت عليه المادة ١٤١٤ من المجلة والمواد ٤٤٣-٤٤٥ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة (أنظر المذكرة الإيضاحية لهذه المواد • وانظر ابن عابدين ج ٤ ص ٥٠٦ و ٥٠٧) •

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٦٤ من التقنين العراقي • وتتفق في حكمها مع المادة ١/٦٢٥ من التقنين الأردني •

(مادة ٥١٧)

إذا كانت المضاربة مقيدة ، وجب على المضارب أن يراعى الشرط المتفق عليه ، فان خالفه كان ضامنا ما يصيب مال المضاربة من هلاك أو تلف وما يلحق رب المال بسبب هذه المخالفة من ضرر •

هذه المادة مستحدثة •

وهي مستمدة من الفقه الإسلامي •

فإذا كانت المضاربة مقيدة بزمان أو مكان أو نوع معين من أعمال الاستثمار أو غير ذلك من الشروط ، التزم المضارب بمراعاة ما اتفق عليه من قيود • فإذا خالف المضارب الشرط كان ضامنا لما يترتب على هذه المخالفة من ضرر • فإذا وقت رب المال المضاربة بزمان معين ، انتهت المضاربة بمضي هذا الزمان • وإذا نهى رب المال المضارب عن الذهاب بمال المضاربة الى مكان معين ، أو عن البيع بالنسيئة ، فذهب الى هذا المكان أو باع بالنسيئة ، كان ضامنا لما يترتب على هذه المخالفة من ضرر • وهذا ما نصت عليه المواد ١٤٢٠ - ١٤٢٣ من المجلة •

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٦٦ من التقنين العراقي • وتتفق في حكمها مع المادة ٦٢٥ / ٢ من التقنين الأردني •

(مادة ٥١٨)

١ - لا يجوز للمضارب أن يخلط مال المضاربة بماله ولا أن يعطيه للغير مضاربة ، الا اذا جرى العرف بذلك ، أو فوضت اليه أمور المضاربة بحسب ما يراه •

٢ - ولا يجوز له في أي حال أن يهب مال المضاربة أو يقرضه ولا أن يقرض الى حد يصبح معه الدين أكثر من رأس المال ، الا باذن صريح من رب المال •

ويشترط أن يكون رأس المال معلوما للطرفين • وهذا ما نصت عليه المادة ١٤١١ من المجلة والمادة ٢/٤٤١ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة • اذ أن رأس المال عنصر جوهري في المضاربة ، فيجب أن يكون مقداره معلوما للطرفين •

ويشترط أن يسلم رأس المال الى المضارب • وهذا ما نصت عليه المادة ١٤١٠ من المجلة ، وما جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة ٤٤١ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة ، حتى يستطيع المضارب أن يتصرف فيه على النحو المقصود في المضاربة •

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٦١/ب من التقنين العراقي •

وتقابل المادة ٣٠٢/٦٢٢ من التقنين الأردني •

(مادة ٥١٥)

يصح أن تكون المضاربة مطلقة ، أو تكون مقيدة بزمان أو مكان أو نوع من الأعمال أو غير ذلك من الشروط •

هذه المادة مستحدثة •

وهي مستمدة من الفقه الإسلامي •

فقد تكون المضاربة مطلقة ، بحيث لا يقيّد المضارب في ممارسة نشاطه بزمان أو مكان أو نوع معين من أعمال الاستثمار أو غير ذلك من الشروط • وقد تكون مقيدة بشرط من هذا القبيل • وهذا ما نصت عليه المادتان ١٤٠٦ و ١٤٠٧ من المجلة •

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٦٣ من التقنين العراقي • وتتفق في حكمها مع المادة ٦٢٤ من التقنين الأردني •

(مادة ٥١٦)

إذا كانت المضاربة مطلقة ، كان للمضارب أن يقوم بجميع التصرفات والأعمال التي تقتضيها طبيعة الاستثمار وفقا للعرف السائد في هذا الشأن •

هذه المادة مستحدثة •

وهي مستمدة من الفقه الإسلامي •

فإذا كانت المضاربة مطلقة ، كان المضارب ماذونا في القيام بجميع ما تقتضيه المضاربة وما يتفرع عنها • فيجوز له البيع والشراء من أجل الربح والتوكيل بالبيع والشراء وايداع مال المضاربة والرهن والارتهان

المساواة ويقسم الربح مناصفة بين رب المال والمضارب . ونصت المادة ١٤١٧ على أنه « إذا خلط المضارب مال المضاربة بماله فالربح الحاصل يقسم على مقدار رأس المال ، يعني انه يأخذ ربح ماله وربح مال المضاربة يقسم بينه وبين رب المال على الوجه الذي شرطه » .

والمادة المقترحة تتفق في الحكم مع المادتين ١/٦٦٧ و ١/٦٦٨ من التقنين العراقي ، فيما عدا ان هذا التقنين لم يذكر العرف .

وتتفق في الحكم مع المادة ٦٢٧ من التقنين الاردني ، فيما عدا ان هذا التقنين لم يذكر العرف .

(مادة ٥٢٠)

١ - يتحمل رب المال الخسارة وحده . ويقع باطلا كل شرط على خلاف ذلك .

٢ - وإذا نقص مال المضاربة بسبب الخسارة أو التلف ، فإن النقص يجبر من الربح ، فإن جاوز النقص الربح حسب الزائد من رأس المال فلا يضمه المضارب .

هذه المادة مستحدثة .

وحكمها مستمد من الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٦٤٢٧ من المجلة على أنه « اذا تلف مقدار من مال المضاربة فيحسب في أول الامر من الربح ولا يسرى الى رأس المال » . وإذا تجاوز مقدار الربح وسرى الى رأس المال فلا يضمه المضارب سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة . ونصت المادة ١٤٢٨ على ما يأتي : « على كل حال يكون الضرب والخسارة عائدا الى رب المال » . وإذا شرط كونه مشتركاً بينه وبين المضارب فلا يعتبر ذلك الشرط . ونصت المادة ٤٦٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة على أن « ما هلك من مال المضاربة يصرف الى الربح ، فان زاد الهالك على الربح لم يضم المضارب » .

وبلاحظ أن ما تنص عليه الفقرة الاولى من المادة المقترحة من أن رب المال هو الذي يتحمل الخسارة وحده انما يقصد به مقدار الخسارة في رأس المال ، باعتبار ان رأس المال هو ما يساهم به رب المال في الشركة وانه يكون من حقه عند انتهاء المضاربة . فهذا الحكم لا يعني أن المضارب لا يتحمل شيئاً من الخسارة ، اذ ان ما يخسره هو عمله . ولذلك يقع باطلا كل شرط يتفق فيه على ان يتحمل المضارب جزءاً من الخسارة في رأس المال . وقد تقدم ان نصيب الشريك في الخسارة يتعين أن يكون بنسبة ما يساهم به في الشركة (انظر المادة ٤٨٨ من المشروع) .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادتين ٦٧٠ و ٦٧١ من التقنين العراقي .

هذه المادة مستحدثة .

وهي مستمدة من الفقه الاسلامي .

فالمضارب ولو كانت المضاربة مطلقة لا يجوز له أن يخلط مال المضاربة بماله لكي يستثمره معه ، ولا أن يعطيه للغير مضاربة . غير أنه يستثنى من ذلك أن يكون العرف قد جرى على جواز خلط مال المضاربة بمال المضارب ، أو إعطاء مال المضاربة للغير لاستثماره بطريق المضاربة . كما يستثنى من ذلك أن يكون رب المال قد فوض المضارب في أن يتصرف في أمور المضاربة بحسب رأيه ، حيث يجوز للمضارب في هذه الحالة أيضاً أن يخلط مال المضاربة بماله . ففي هذين الاستثناءين يعتبر المضارب مأذوناً في هذين الأمرين . وهذا ما نصت عليه المادتان ١٤١٥ و ١٤١٦ من المجلة بالنسبة الى المضاربة المطلقة . كما نصت عليه بصفة عامة المادة ٤٤٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة في المتن وفي مذكرتها الايضاحية .

وفي أي حال ، فإن المضارب لا يجوز له أن يهب مال المضاربة أو يقرضه أو يقترض ما يزيد على رأس المال ، ما لم يكن ذلك باذن صريح من رب المال . وهذا ما نصت عليه المادة ١٤١٦ من المجلة بالنسبة الى المضاربة المطلقة . كما نصت عليه بصفة عامة المادة ٤٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة .

وبلاحظ في هذا الصدد ان نصوص المجلة المشار اليها تقصر حكم المادة المقترحة على المضاربة المطلقة ، وهو ما فعله التقنين العراقي في المادة ٦٦٥ منه . ولكن رؤى في المشروع أن منطلق الفكرة يقتضي تعميم الحكم على المضاربة المطلقة والمضاربة المقيدة ، وهو ما فعله التقنين الاردني في المادة ٦٢٦ منه وكذلك المادتان ٤٤٦ و ٤٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة .

(مادة ٥١٩)

١ - يستحق كل من رب المال والمضارب نصيباً في الربح بحسب النسبة المتفق عليها ، فإذا لم يعين عقد الشركة حصة كل منهما قسم الربح بحسب ما جرى به العرف ، فان لم يكن هناك عرف قسم الربح مناصفة بينهما .

٢ - وإذا جاز للمضارب أن يخلط مال المضاربة بماله ، قسم الربح بنسبة رأس المال ، فيأخذ المضارب ربح ماله ، ويوزع ربح مال المضاربة على الوجه المبين في الفقرة الاولى .

هذه المادة مستحدثة .

وحكمها مستمد من الفقه الاسلامي في المادتين ١٤١١ و ١٤١٧ من المجلة ، مع اضافة العرف . فقد جاء في المادة ١٤١١ : « وتعين حصة العاقلين من الربح جزءاً شائعاً كالنصف والثلث . لكن اذا عبر بالشركة على الاطلاق كقوله والربح مشترك بيننا ، فيكون مصروفاً الى

وتتلق في حكمها مع المادة ٦٢٨ من التقنين الأردني .

(مادة ٥٢١)

تنتهي المضاربة بانقضاء الميعاد المعين لها ، أو باتمام العمل الذي قامت من أجله . وتنتهي كذلك بموت أحد المتعاقدين أو الحجر عليه .

هذه المادة مستحدثة .

والسببان الأولان تنتهي بهما الشركة بطريقة طبيعية ، وذلك حين ينقضى الأجل المعين لها أو يتم العمل الذي قامت من أجله .

والسببان الآخران يقضى بهما القواعد العامة في الشركة .

وقد نص عليها الفقه الإسلامي في المادة ١٤٢٩ من المجلة التي تقول : « إذا مات رب المال أو المضارب أو جن جتونا مطلقاً فتفسخ المضاربة » .

والمادة المقترحة تقابل ما جاء في المادة ٣/٦٧٣ من التقنين العراقي التي تقول : « وتنتهي المضاربة كذلك بموت رب المال أو المضارب وبانعدام أهليتهما » .

وتتلق في حكمها مع المادة ٦٣٣ من التقنين الأردني التي تنص على أن « تنفسخ المضاربة إذا مات أحد المتعاقدين أو جن جتونا مطلقاً أو حجر عليه » .

(مادة ٥٢٢)

١ - يجوز لكل من المتعاقدين أن ينهي المضاربة إذا كانت مطلقة ، على ألا يكون ذلك في وقت غير لائق ، والا ضمن ما يلحق التعاقد الآخر من ضرر بسبب ذلك .

٢ - ولا يعتبر هذا الإنهاء إلا من وقت علم التعاقد الآخر به بفوجب إنذار رسمي يوجه إليه .

٣ - فإذا انتهت المضاربة على هذا الوجه ، وجب على المضارب أن يمتنع عن التصرف في مال المضاربة أن كان من النقود ، فإن كان من غير النقود جاز له بيعه لتحويله إلى نقود .

هذه المادة مستحدثة .

ويحكم الفقرتين الأولى والثانية منها تطبيق للقاعدة العامة التي تقضي بأن « تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة ، على أن يعلن الشريك إرادته في الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله ، وألا يكون انسحابه عن غش أو في وقت غير لائق » (١/٥٠٣) من المشروع .

أما الفقرة الثالثة فتوجب على المضارب أن يمتنع عن التصرف في مال المضاربة بعد انتهائها إذا كان من النقود . أما إذا كان هذا المال من غير النقود ، فإن المضارب يجوز له أن يبيعه لتحويله إلى نقود .

وحكم هذه الفقرة مستمد من الفقه الإسلامي . ففي هذا الفقه نصت المادة ٤٢٤ من المجلة على حالة ما إذا أنهى رب المال المضاربة بعزله المضارب فقالت : « إذا عزل رب المال المضارب فيلزم إعلانه بعزله فتكون تصرفات المضارب الواقعة معتبرة حتى يفتق على العزل ، ولا يجوز له التصرف بالنقود التي في يده بعد وقوفه على العزل ، لكن إذا كان في يده أموال غير النقود فيجوز له أن يبيعه ويبدلها بالنقد » .

والمادة المقترحة تقابل المادتين ٦٧٤ و ٦٧٥ من التقنين العراقي .

وتقابل المادتين ٦٢٨ و ٦٣٠ من التقنين الأردني .

(مادة ٥٢٣)

١ - على أي وجه كان انتهاء المضاربة ، فإنه يجب على المضارب أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تعرض معها أموال المضاربة للخسارة أو التلف .

٢ - وفي حالة انتهاء المضاربة بموت المضارب ، يجب على ورثة أو نائبهم أن يبادروا إلى إخطار رب المال بموت المورث وأن يتخلوا من التدابير ما يقتضيه الحال للمحافظة على أموال المضاربة .

هذه المادة مستحدثة .

وقد روي النص فيها على ما يجب القيام به من أعمال وما يجب اتخاذ من تدابير للمحافظة على أموال المضاربة عند انتهائها أما كان سبب هذا الانقضاء . إذ أنه عند انتهاء المضاربة تصبح الأموال الموجودة من حق رب المال . فكان على المضارب أن يقوم بما يلزم من أعمال للمحافظة على هذه الأموال . وإذا انتهت المضاربة بموت المضارب ، كان على ورثة من بعده أو نائبهم أن يتخلوا التدابير اللازمة لكفالة هذه المحافظة . وذلك قياساً على ما هو في مقرر في الوكالة .

إذ الواقع أن أحكام المضاربة مزيج من أحكام الشركة وأحكام الوكالة . ولذلك فإن الفقه الإسلامي يعتبر المضارب بمثابة وكيل يشارك في الربح . حيث نصت المادة ١٤١٣ من المجلة على أن « المضارب أمين ، فرأس المال في يده في حكم الوديعة ، ومن جهة تصرفه في رأس المال هو وكيل رب المال وإذا ربح فيكون شريكاً فيه » .

غير أن هذا التصوير ليس دقيقاً ، لأن للشركة شخصيتها المستقلة ، والمضارب شريك منتدب للإدارة ، ولم تكن فكرة الشخصية الاعتبارية قد نضجت في الفقه الإسلامي إلى الحد الذي تمتد فيه إلى الشركة .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٣٨٥ من المجلة في هذا المعنى على أن « شركة الأعمال عبارة عن عقد شركة على تقبل الأعمال . فالاجيران المشتركين يعتقدان الشركة على تعهد والتزام العمل الذي يطلب ويكلف من طرف المستأجرين . سواء كانا متساويين أو متفاضلين في ضمان العمل . . . » ونصت المادة ٤٣٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابي حنيفة على أن « شركة الصنائع أن يشتركا صاحبا صنعة على تقبل الأعمال ويكون الكسب بينهما على ما شرطا . ولا يلزم اتحاد العمل والمكان » .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٧٦ من التقنين العراقي .
وتتفق في حكمها مع المادة ٦١١ من التقنين الاردني .

(مادة ٥٢٦)

الشركاء مسئولون بالتضامن عن ايفاء العمل المتفق عليه لصالح الغير

هذه المادة مستحدثة .

ولمقتضاها يسأل الشركاء عن ايفاء العمل المطلوب لصالح الغير .
وذلك على سبيل التضامن . فيستطيع الغير أن يطالب أى شريك بانجاز العمل المطلوب .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٣٨٧ من المجلة في هذا الصلة على أن « كل واحد من الشريكين وكيل الآخر في تقبل العمل . فالعمل الذي تقبله أحدهما يكون ايفاء لازما عليه وعلى شريكه أيضا . . . » حيث أن العمل الذي تقبله أحد الشريكين يطلب ايفاء المستأجر من أيهما أراد . وكل واحد من الشريكين يكون مجبورا على ايفاء العمل . . . » ونصت المادة ٤٣٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابي حنيفة على أنه « تقتضى شركة الصنائع أن يصير كل منهما وكلا عن صاحبه وضامنا لما يتقبله » .

والأدق في هذا الصدد أن يعتبر الشركاء مسئولين بالتضامن عن ايفاء العمل المطلوب كما يقول النص المقترح .

وإذا كان لكل شريك أن يتقبل العمل الذي يطلبه الغير ، فإن هذا لا يكون على أساس أن كل شريك يعتبر وكلا عن الآخر ، وإنما يعني أن كل شريك يعتبر مفوضا من الآخرين في ادارة الشركة ، مادام أن ليس هناك نص خاص على طريقة الادارة (انظر م ٤٩٤ من المشروع) .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ١/٦١٢ من التقنين الاردني التي تنص على أن « يلتزم كل من الشركاء باداء العمل الذي تقبله وتعهدهم » .

وتقابل المادة ١/٦٧٧ من التقنين العراقي التي تنص على أن « كل واحد من الشركاء وكيل للآخرين في تقبل العمل ولصاحب العمل أن يطلب ايفاء من أى شريك » .

(مادة ٥٢٤)

إذا مات المضارب ، وكانت أموال المضاربة موجودة عينا ، ردت الأموال الى رب المال . وإذا لم توجد هذه الأموال عينا ، ولم يتبين حالها ، كان حق رب المال ديناً في التركة .

هذه المادة مستحدثة .

ويرجع حكمها الى انه عند انتهاء المضاربة تكون أموالها من حق رب المال بعد تقسيم الربح . فإذا كانت هذه الأموال موجودة عينا ، ردت الى رب المال . وإذا لم تكن موجودة عينا فقد يتبين حالها ، كان يثبت الوارث أنها ردت الى رب المال أو يثبت أنها هلكت أو ضاعت بدون تعد من أحد . فإذا لم يتبين حالها على هذا النحو ، أو اثبت رب المال أنها هلكت أو ضاعت بتقصير من المضارب ، لزم الضمان من التركة .

ويقول الفقه الاسلامي في هذا المعنى في المادة ١٤٣٠ من المجلة أنه « إذا مات المضارب مجهلا ، فالضمان في تركته » (انظر م ٨٠١ و ١٣٥٥ من المجلة) .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع ما جاء في المادة ٦٧٣ من التقنين العراقي في نهايتها من أنه « إذا مات المضارب مجهلا لمال المضاربة فالضمان في تركته » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٣٤ من التقنين الاردني التي تنص على أنه « إذا مات المضارب مجهلا مال المضاربة ، يكون حق رب المال ديناً في التركة » .

شركة الأعمال

(مادة ٥٢٥)

شركة الأعمال شركة يساهم فيها كل شريك بعمل يقوم به لصالح الغير في مقابل اجر يقسم بين الشركاء بحسب النسبة المتفق عليها .

هذه المادة مستحدثة .

وشركة الأعمال تقوم على المساهمة بعمل من جانب جميع الشركاء ، فليس فيها رأس مال . وإنما يتقبل الشركاء الأعمال التي يطلبها الغير ويتعهدون بالقيام بها ، وذلك في مقابل اجر يلتزم به الغير ويقسم بينهم على ما شرطوه . كما هي الحال في شركة تقوم بين عدد من المهنيين ، كالاطباء والمهندسين والمحامين والمقاولين ، أو تقوم بين عدد من الحرفيين ، كاصحاب الصنائع .

(مادة ٥٢٧)

ليس على الشريك ايفاء ما تقبله من العمل بنفسه ، فله ان يعهد به الى آخر من الشركاء ، او من غيرهم ، الا اذا شرط عليه صاحب العمل ان يقوم به بنفسه .

هذه المادة مستحدثة .

وبمقتضاها يجوز للشريك الذي تقبل العمل ان يقوم به بنفسه ، او ان يعهد به الى شريك غيره او الى شخص آخر من غير الشركاء . غير انه يجب عليه ان يقوم بالعمل بنفسه اذا شرط عليه صاحب العمل ذلك .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٣٨٩ من المجلة في هذا المعنى على انه « لا يجبر أحد الشريكين على ايفاء ما تقبله من العمل بالذات بل ان شاء يعمل به و ان شاء يعطيه لشريكه او لآخر . لكن اذا شرط المستأجر عمله بالذات يلزم حينئذ عمله » .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٧٨ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦١٣ من التقنين الاردني .

(مادة ٥٢٨)

يقسم الربح بين الشركاء على الوجه المتفق عليه في العقد دون اعتبار لعدد او نوع العمل الذي يقوم به كل منهم .

وتقسم الخسارة بينهم بنسبة ما يضطلع به كل منهم من عمل .

هذه المادة مستحدثة .

وبمقتضاها يستحق كل شريك نصيبه في الربح على ما شرط دون نظر الى مقدار العمل الذي يقوم به او نوعه ، بل وحتى اذا لم يقم به بالفعل . كما لو كان مريضاً او ذهب الى مكان آخر او لم يساهم في العمل لكفاية ما يقوم به زملاؤه في سبيل انجازه . ويتحمل الشريك نصيبه في الخسارة على مقدار ضمان العمل ، أي بنسبة ما يضطلع به من عمل .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٣٩١ من المجلة في هذا المعنى على انه « اذا شرط التساوي في العمل والتفاضل في الكسب كان جائزاً » . ونصت المادة ١٣٩٢ على ما يأتي : « الشريكان بضمان العمل يستحقان الاجرة . فاذا عمل أحد الشريكين وحده والآخر لم يعمل ، كما لو مرض او ذهب الى محل او جلس بطالا ، فيقسم الربح والاجرة بينهما على الوجه الذي شرطاه » .

ونصت المادة ١٣٩٣ على انه « اذا تلف او تعيب المستأجر فيه بصنع أحد الشريكين فيكون ضامناً بالاشتراك مع الشريك الآخر ، والمستأجر يضمن ماله اياً شاء منهما ويقسم هذا الخسار بين الشريكين على مقدار الضمان . . . »

وحكم المادة المقترحة تطبيق للقواعد العامة التي تقضى بأنه اذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء في الربح ، كان نصيب كل منهم بنسبة حصته في رأس المال . أما نصيب كل منهم في الخسارة ، فيتعين ان يكون بنسبة حصته في رأس المال . واذا كانت حصة الشركاء مقصورة على عمله ، وجب ان يقدر نصيبه في الربح تبعاً لما تفيده الشركة من هذا العمل . أما نصيبه في الخسارة فهو عمله (م ٤٧٨ من المشروع) .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المواد ٦٧٩ - ٦٨١ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المواد ٦١٤ - ٦١٦ من التقنين الاردني .

(مادة ٥٢٩)

١ - تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها ، او باتمام العمل الذي قامت من اجله .

٢ - ويجوز لاي شريك ان ينهي الشركة اذا كانت مدتها غير معينة .

هذه المادة مستحدثة .

وحكمها تطبيق للقاعدة العامة في خصوص انتهاء الشركة . شركة الوجوه

(مادة ٥٣٠)

شركة الوجوه عقد يقوم الشركاء بمقتضاه بشراء مال مشترك بينهم نسيئته بما لهم من اعتبار ، ثم بيعه واقتسام ما ينشأ عن ذلك من ربح .

هذه المادة مستحدثة .

وشركة الوجوه ليس فيها رأس مال . فهي اقرب ما تكون الى شركة الأعمال . غير ان عمل الشركاء فيها ان يقوموا بشراء مال مشترك بينهم نسيئته ثم يبيعونه ويقسمون ما ينشأ عن ذلك من ربح . وهم يشترون المال المشترك نسيئته بمالهم من اعتبار ووجاهة ، فهم يشترون بوجوههم ، أي بوجاهتهم وأمانتهم ، لأنه لا يشتري بالنسيئة الا من كان له وجاهة عند الناس .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٣٣٢ من المجلة في هذا المعنى على انه « اذا لم يكن للشركاء رأس مال وعقدوا الشركة على البيع والشراء نسيئته وتقسيم ما يحصل من الربح بينهم فتكون شركة وجوه » . ونصت المادة ٤٣٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة على ان « شركة الوجوه ان يشترك رجلان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما » .

٢ - ويجوز لاي شريك أن ينهي الشركة اذا كانت مدتها غير معينة .

• هذه المادة مستحدثة .

• وحكمها تطبيق للقاعدة العامة في خصوص انتهاء الشركة .

الفصل الخامس

القرض

• نظرة عامة في تحريم الربا .

حرم المشروع الربا . • فقضى ببطلان كل اتفاق على تقاضى فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو التاجير في الوفاء به ، واعتبر فائدة مستترية كل عمولة أو منفعة ايا كان نوعها اشترطها الدائن اذا ما ثبت ان هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد اداها ولا نفقة مشروعة (م ٢٣٥) . • واجاز للدائن ، اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وتاخر المدين في الوفاء به ، ان يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب هذا التأخير (م ٢٣٦) . • ونظم شركة المضاربة كبديل شرعى للقرض بفائدة عندما يحتاج صاحب مشروع معين الى مال لاقامة المشروع (م ٥١٢ وما بعدها) . • وقضى ببطلان كل شرط بزيادة في العوض يؤديها المقترض الى المقرض (٥٣٧) . • وأغفل تنظيم موضوع الدخل الدائم ، نظرا الى ان الصورة الغالبة في التطبيق العملي ان يكون العقد الذي يرتب الدخل الدائم هو عقد قرض بفائدة . وتحاشي في جميع المواد كل ما يتعلق بالفوائد .

(مادة ٥٣٤)

القرض عقد تنتقل بمقتضاه ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر ، على أن يرد المقرض عند نهاية القرض شيئا مثله في مقداره ونوعه وصفته .

هذه المادة تقابل المادة ٥٣٨ من التقنين الحالي التي تنص على أن « القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل الى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر ، على أن يرد اليه المقرض عند نهاية القرض شيئا مثله في مقداره ونوعه وصفته » .

وقد روعي في تعريف القرض في المادة المقترحة إبراز محل العقد ، وهو العملية القانونية المقصودة من القرض ، وذلك على نسق مايراعيه المشروع بالنسبة الى جميع العقود . والعملية القانونية المقصودة من القرض هي انتقال ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر ، وهي العنصر الجوهرى الذي يجب أن يظهر في تعريف القرض (أنظر النظره العامة التي تقدم ذكرها عن العقود المسماة) .

ويأخذ المشروع في التعريف المقترح بالتصوير الذي يقول به الفقه الاسلامي كما سبق القول ، وهو أن الملك ينتقل بالعقد .

أنظر المذكرة الايضاحية لهذه المادة . • وأنظر فتح القدير ج ٣ ص ٣٠ .

• والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٥٨ من التقنين العراقي .
• وتتفق في حكمها مع المادة ١/٦١٩ من التقنين الأردني .

(مادة ٥٣١)

• يضمن الشركاء ثمن المال المشتري ، كل بنسبة حصته فيه .

• هذه المادة مستحدثة .

• وهي تحدد مسئولية الشركاء عن ثمن المال المشترك الذي اشتروه .
• فكل منهم يضمن الثمن بقدر حصته في هذا المال .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٤٠١ من المجلة في هذا المعنى على ان « ضمان ثمن المال المشتري يكون بالنظر الى حصة الشريكين فيه » .
• والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع ما جاء في هذا الصدد في المادة ٦٥٨ من التقنين العراقي .

• وتتفق في حكمها مع المادة ٢/٦١٩ من التقنين الأردني .

(مادة ٥٣٢)

يقسم الربح والخسارة بين الشركاء بنسبة حصة كل منهم في المال المشتري . • ويعب باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

• هذه المادة مستحدثة .

• وهي توجب أن يكون ما يصيبه كل شريك من الربح وما يتحملة من الخسارة بقدر حصته في المال المشترك للشركة ، بحيث لايجوز الاتفاق على خلاف ذلك .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٤٠٢ من المجلة في هذا المعنى على ان « تكون حصة كل واحد من الشريكين في الربح بقدر حصته في المال المشتري ، واذا شرط الى واحد زيادة على حصته في المال المشتري فيكون الشرط لغوا ويقسم الربح بينهما على مقدار حصتهما من المال المشتري » .
• ونصت المادة ١٤٠٣ على أن « يقسم الضرر والخسارة في كل حال على مقدار حصة الشريكين في المال المشتري سواء باسرا عقد الشراء بالاتحاد أو باسره أحدهما وحده » . ونصت المادة ٤٣٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على أن « يكون الربح في شركة الوجوه لكل شريك بقدر ضمانه في الشيء المشتري » . أنظر المذكرة الايضاحية لهذه المادة . • وأنظر فتح القدير ج ٣ ص ٣١ .

• والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٥٩ من التقنين العراقي .
• وتقابل المادة ٦٢٠ من التقنين الأردني ، وهي تجيز الاتفاق المخالف .

(مادة ٥٣٣)

١ - تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها ، أو باتمام العمل الذي قامت من اجله .

البيع (م ٤٦٦ مدني) والنص الوارد في عقد الهبة (م ٤٩١ مدني) يقضى بان اقراض ملك الغير قابل للإبطال ، ومن ثم يكون عقد القرض قابلاً للفسخ بناء على طلب المقرض إذا لم يف المقرض بالتزامه . بينما ذهب رأي آخر الى أن اقراض ملك الغير يقاس على بيع ملك الغير فيكون قابلاً للإبطال . وهذا الخلاف ليس له مجال في ظل احكام المشروع إذ ان حكم اقراض ملك الغير قد ورد النص عليه تطبيقاً للقاعدة العامة فيما يتعلق بالتصرف في ملك الغير بدون اذنه .

انظر في الفقه الاسلامي : العقد الموقوف لكونه تصرفاً في ملك الغير بدون اذنه ، وهو تصرف الفضولي بالمعنى المقصود في هذا الفقه : المعنى ج ٢ طبعة ثالثة ص ٢٠٥ و ٢٠٦ . بداهة المجتهد لابن رشد طبعة الخانجي ج ٢ ص ١٤٣ و ١٤٤ . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ٢٠٠ - ٢١٢ .

(مادة ٥٣٦)

١ - يجب على المقرض ان يسلم الشيء المقرض الى المقرض ، ولا يجوز له ان يطالبه بزيادة المثل الا عند انتهاء القرض .

٢ - واذا هلك الشيء قبل تسليمه الى المقرض ، كان الهالك على المقرض .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٩ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « الشيء المقرض » بعبارة « الشيء موضوع العقد » لدفع شبهة أن محل العقد هو الشيء ، إذ أن المحل هو انتقال ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثل آخر كما سبق القول .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٤٤ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - يجب على المقرض ان يسلم الشيء موضوع القرض الى المقرض وقت تمام العقد ، ما لم يتم الاتفاق على تسليمه في وقت آخر .

٢ - فاذا هلك الشيء قبل تسليمه كان هلاكه على المقرض .

وتقابل المادة ٦٨٦ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - يملك المستقرض العين المقرضة بالقبض ، ويثبت في ذمته مثلها .

٢ - فاذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض ، فلا ضمان على المستقرض .

وتقابل المادة ٦٣٧ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - يتوقف تمام عقد القرض على قبض الماله أو الشيء المستقرض ، ويثبت في ذمة المستقرض مثله .

ولذلك جاء تعريف الفقه الاسلامي منصباً على محل العقد . فقد نصت المادة ٧٧٩ من مرشد الحيران على أن « القرض هو أن يدفع شخص لآخر عينا معلومة من الاعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلاً » . ونصت المادة ١/٢٢١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة على أن « القرض عقد يرد على دفع مال مثلي لآخر ليرد مثله » . ونصت المادة ١١٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أن « القرض اعطاء شيء متمول لنفع المعطى له في نظير عوض مماثل مؤجل في ذمة المعطى له » . ونصت المادة ١٥٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على أن « القرض دفع مال ارفاقاً لمن ينتفع به ويرد مثله » .

والمادة المقترحة تتفق في جوهر التعريف مع المادة ٦٨٤ من التقنين العراقي التي تنص على أن « القرض هو أن يدفع شخص لآخر عينا معلومة من الاعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلاً » .

وتتفق في جوهر التعريف مع المادة ٦٣٦ من التقنين الاردني التي تنص على أن « القرض تمليك مال أو شيء مثلي لآخر على أن يرد مثله قدرًا ونوعاً ووضعه الى المقرض عند نهاية مدة القرض » .

وتقابل المادة ٥٤٣ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « القرض عقد يلتزم به المقرض أن يؤدي الى المقرض مبلغاً من النقود أو أي شيء مثلي آخر على أن يرد اليه مثله نوعاً ووضعه وقدرًا » .

(مادة ٥٣٥)

١ - من اقترض ملك غيره بدون اذنه ، كان قرضه موقوفاً على اجازة المالك ، وتسرى عليه احكام المادتين ٤٤٠ و ٤٤١ .

هذه المادة مستحدثة .

والاحكام الواردة فيها تطبيق للقاعدة العامة الواردة في المادتين ١٢٧ و ١٢٨ / ٣ من المشروع .

وفي هذا التطبيق تقضى المادة المقترحة بسريان احكام بيع ملك الغير الواردة في المواد ٤٣٩ و ٤٤٠ و ٤٤١ من المشروع . وقد روى ذكر الحكم الاساسي في هذه الاحكام ، وهو أن يكون القرض موقوفاً على اجازة المالك . ثم الاشارة بتطبيق احكام المادتين الباقيتين ، وهما المادتان ٤٤٠ و ٤٤١ . وهذا هو ما تتبعه المشروع بالنسبة الى العقود الاخرى التي تنطوي على تصرف في ملك الغير بدون اذنه .

ولم يرد في التقنين الحالي نص في هذا الصدد . فقام خلاف في الفقه حول حكم اقراض ملك الغير . حيث ذهب رأي الى تطبيق القواعد العامة ، مادام لم يرد في عقد القرض نص مماثل للنص الوارد في عقد

وفي هذا المعنى نصت المادة ٢٢٣ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على ما يأتي : « إذا اقترن القرض بشرط يلغو الشرط ، وصح القرض ، ولزم المقرض رد مثل ما قبضه » (انظر ابن عابدين ج ٤ ص ١٨٢) .

ونصت المادة ١١٦ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على ما يأتي : « يفسد عقد القرض باشتغال عوصه على زيادة شرط في العقد أو يجري بها العرف في بلد العقد ، ولا حرج للمقرض في المطالبة بهذه الزيادة مهما طال إبقاء رأس المال في ذمته المقرض » (انظر الشرح الصغير ج ٢ ص ١١٦) .

وجاء في المادة ١٦٤ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل أن من اشتراط المنه عن القرض بشرط تحصيل منفعة للمقرض ، وشرط المقرض أن يوفى المقرض انفس ميا اقرض (انظر كشاف الساع ص ١٢٨ و ١٢٩) .

ولهذا فإن المشروع ، جريا على خطته في تحريم الربا ، اغفل نصوص التقنين الحالي التي نتجست عن الفوائد في عقد القرض (ج ٥٢٦ و ٥٢٤ مدني) .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٤٤٠ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « إذا اشترط في عقد القرض منعه زائد على منتهى العقد سوى توثيق حق المقرض لما الشرط وصح العقد » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٤٧ من التقنين الكويتي التي تنص على على ما يأتي .

١ - يكون اقراض الافراد بغير فائدة . ويقع باطلا كل شرط يفضي بخلاف ذلك دون مساس بعقد القرض ذاته .

٢ - ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة يشترطها المقرض .

(مادة ٥٢٨)

إذا استحق الشيء المقرض ، فلا ضمان على المقرض ، الا ان يكون قد تعمد اخفاء سبب الاستحقاق ، وفي هذه الحالة يقدر القاضي للمقرض تعويضا عادلا عما اصابه من الضرر .

هذه المادة تقابل المادة ٥٤٠ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « إذا استحق الشيء ، فإن كان القرض يأجر فبرت أحكام البيع ، والا فأحكام العارية » .

وقد عدلت هذه المادة باغفال حالة القرض يأجر ، لان اشتراط الاجر باطل طبقا لحكم المادة السابقة ، اذ هو من قبيل الربا المحرم . كما رأى ذكر حكم الاستحقاق في القرض بدلا من الاحالة على أحكام العارية . وهذا الحكم يتسق مع ما سبق تقريره في الهية . (انظر المادة ٤٦٦ من المشروع) .

٢ - فإذا حلت العين بعد العقد وقبل القبض فلا ضمان على المستقرض .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (ج ٧٢٣) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤١٥ - ٤١٧ .

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة ٧٨٠ من مرشد الحيران على ما يأتي : « انما تخرج العين المقرضة من ملك المقرض وتدخل في ملك المستقرض اذا قبضها ، فيثبت في ذمة المستقرض مثلها لاعتينها ولو كانت قائمة . فإذا حلت العين بعد العقد وقبل القبض فلا ضمان على المستقرض » .

ونصت المادة ١/٢٣١ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أن « يملك المستقرض القرض بمجرد القبض » .

وعلى خلاف ذلك نصت المادة ١/١٢٠ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على ما يأتي : « يملك المقرض القرض ملكا ما بالعقد ولو لم يقبضه من المقرض » .

وطاهر من النصوص أن القرض في المشروع ، كما هو في مذهب الإمام مالك ، وفي التقنين الحالي ، وفي التقنين الكويتي ، عقد رضائي يتم بمجرد تلاقى الإيجاب والقبول . أما في التقنين العراقي والتقنين الأردني فالقرض ، على غرار المذهب الحنفي ، عقد عيني لا يتم الا بتسليم الشيء المقرض الى المقرض .

أما عن عدم مجواز المطالبة بزد المثل الا عند انتهاء القرض فسنسند الشرعي ما نصت عليه المادة ١٢١ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك من أنه « إذا كان للقرض أجل مقروب أو معتاد وجب على المقرض ردة للمقرض إذا انقضى ذلك الأجل ولو لم ينتفع به ، وإذا لم يكن له أجل فلا يلزم ردة الا بعد ان ينتفع به الانتفاع المعتاد » .

(مادة ٥٣٧)

يقع باطلا كل شرط بزيادة في الغرض يؤديها المقرض الى المقرض .

هذه المادة مستحدثة .

والقرض منها بطلان كل شرط في عقد القرض يفرض على المقرض ان يؤدي الى المقرض ما يزيد على الشيء المقرض ، أيا كان نوع هذه الزيادة مادامت تنطوي على منفعة للمقرض ، لأنها من الربا المحرم بالاجماع . كان تشترط فوائده لمبلغ القرض . أو يكون الشيء المقرض حنطة ، فيشترط رد ما يزيد عليه في مقداره أو رد ما يفصله في نوعه .

« ١ - اذا ظهر في الشيء عيب واختار المقرض استبقائه فلا يلزمه ان يرد الا قيمة الشيء معيبا » .

٢ - فاذا كان المقرض قد تعمد اخفاء العيب فانه يكون مسئولا عما يسببه العيب من ضرر » .

وتقابل المادة ٦٤٢ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « اذا ظهر في المال المقرض عيب خفي فلا يلتزم المقرض الا برد قيمته معيبا » .

وتقابل المادة ٦٨٧ من التقنين العراقي ، وهي تتفق في حكمها مع المادة ٥٤١ من التقنين المصري الحالي .

انظر السند الشرعي للمادة السابقة .

(مادة ٥٤٠)

ينتهي القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه . واذا لم يعين العقد اجلا للقرض ، اتبع في شأنه حكم المادة ٢٦٠ .

هذه المادة تقابل المادة ٥٤٣ من التقنين الحالي التي على أن « ينتهي القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه » .

وفي المادة المقترحة أضيفت الى نص التقنين الحالي عبارة « واذا لم يعين العقد اجلا للقرض ، اتبع في شأنه حكم المادة ٢٦٠ ، وقد كان نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي يتضمن هذه العبارة في المادة ٧٢٩ منه وحذفتها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٢١ - ٤٢٣) . ولكن روي ان من الأفضل اضافتها . فهي تحسم خلافا في الفقه عند عدم تعيين أجل للقرض فيما اذا كان الرد يصبح واجبا عند أول طلب من المقرض أو عند الميسرة . وظاهر ان الدفع عند الميسرة اعدل في هذه الحالة ، إذ الاحالة على المادة ٢٦٠ من المشروع تحل القاضى تعيين ميعاد مناسب لحلول الاجل مراعى في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ، ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه . وهذا هو الذي يتفق مع الحكمة من القرض واصل شرعته في الفقه الاسلامي . فالقرض كما تقول المادة ١٥٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ، « دفع مال ارفاقا لمن ينتفع به ويرد بدله » . وعن ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ما من مسلم يقرض مسلما قرضا مرتين الا كان كصدقة مرة » (الترمذ الكبير ص ٣٥٢ ، كشف القناع ص ١٣٥ و ١٣٦) .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٥٤٥ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « اذا استحق الشيء المقرض سرت في ذلك أحكام العارية » .

وتقابل المادة ٦٤١ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « اذا استحق المال المقرض وهو قائم في يد المقرض سقط التزامه برده مثله ، وله تضمين المقرض ما قد يلحقه من ضرر بسبب هذا الاستحقاق اذا كان سبب التية » .

وتقابل المادة ٦٨٨ من التقنين العراقي ، وهي تتفق في حكمها مع المادة ٥٤٠ من التقنين المصري الحالي .

والسند الشرعي للمادة المقترحة والمادة التي تليها ما جاء في بداية المجتهد لابن رشد (ج ٢ : ص ١٥٣) من أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة فلا خلاف في أنه لا تأثير للعيب فيها ، والقاعدة ان الاستحقاق كالعيب في الحكم .

(مادة ٥٣٩)

١ - اذا ظهر في الشيء المقرض عيب خفي ، واختار المقرض استبقائه ، فلا يلزمه ان يرد الا قيمته معيبا .

٢ - واذا كان المقرض قد تعمد اخفاء العيب ، فيكون للمقرض أن يطلب التعويض عما اصابه من الضرر .

هذه المادة تقابل المادة ٥٤١ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا ظهر في الشيء عيب خفي وكان القرض بغير أجر واختار المقرض استبقائه فلا يلزمه ان يرد الا قيمة الشيء معيبا » .

٢ - امل اذا كان القرض بأجر ، او كان بغير أجر ولكن المقرض قد تعمد اخفاء العيب ، فيكون للمقرض ان يطلب أما اصلاح العيب واما استبدال شيء سليم بالشيء المعيب » .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - حذفت من الفقرة الاولى عبارة « وكان القرض بغير أجر » ، لان القرض يجب أن يكون دائما بغير أجر . فاذا اشترط فيه أجر وقع الشرط باطلا ، لان الاجر يعتبر ربا محرما طبقا لحكم المادة ٥٣٧ كما عدلت هذه الفقرة تعديلا لفظيا على النحو الوارد في المادة المقترحة .

٢ - حذفت من الفقرة الثانية عبارة « القرض بأجر أو كان بغير أجر » ، لان القرض يجب أن يكون دائما بغير أجر .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٥٤٦ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

وسواء في النص المقترح أو في نص التقنين الحالي ، فإن التعريف يبرز محل العقد ، وهو ما يتفق مع الخطة التي جرى عليها المشروع .
اذ أن هذا المحل ، وهو العملية القانونية المقصودة من عقد الصلح ، هو حسم نزاع قائم أو اتقاء نزاع محتمل ، وذلك بأن ينزل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه .

والمادة المقترحة تتفق في جوهر التعريف مع المادة ٥٥٢ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٦٩٨ من التقنين العراقي التي تنص على أن « الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي » .

وتقابل المادة ٦٤٧ من التقنين الاردني ، وهي تطابق النص العراقي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٣٧) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٤٠

وانظر في الفقه الاسلامي : م ١٥٣١ - ١٥٣٤ من المجلة ، وم ١٠١٤ من مرشد الحيران ، وم ٨١٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابي حنيفة ، وم ٢٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام احمد بن حنبل ، وم ٢٥١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ، وم ٢٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعي .

(مادة ٥٤٢)

يشترط فيمن يعقد صلحا أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٠ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٩٩ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٥٥٣ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٦٤٨ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

١ - يشترط فيمن يعقد صلحا أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح .

٢ - وتشترط أهلية التبرع اذا تضمن الصلح اسقاط شيء من الحقوق .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٣٨) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٤٥ و ٤٤٦

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٥٤٨ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - على المقرض أن يرد المثل عند حلول الأجل المتفق عليه أو بسقوطه .

٢ - فاذا لم يتفق على أجل ، أو اتفق على أن يكون الرد عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضى سبيعا مناسباً للرد وفقا للظروف .

وتقابل المادة ٦٤٣ من التقنين الاردني التي تنص على انه « اذا كان للقرض أجل فليس للمقرض استرداده قبل حلول الاجل . وان لم يكن له أجل فلا يلتزم المقرض برده الا اذا انقضت مدة يمكنه فيها ان ينتفع به الانتفاع المعهود في أمثاله » .

وتقابل المادة ٦٨٩ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :
١ - يجب على المستقرض رد مثل الأعيان المقترضة قدرا ووصفا في الزمان والمكان المتفق عليهما .

٢ - فاذا لم يتفق على الزمان كان للمقرض أن يسترده في أي وقت .

٣ - واذا لم يتفق على المكان كان الرد واجبا في مكان العقد .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٢١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على انه « اذا كان للقرض أجل مضروب أو معتاد وجب على المقرض رده للمقرض اذا انقضى ذلك الأجل ولو لم ينتفع به ، واذا لم يكن له أجل فلا يلزمه رده الا بعد أن ينتفع به الانتفاع المعتاد في أمثاله » .

ونصت المادة ١٦٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام احمد بن حنبل على انه « يثبت عوض القرض في الذمة حالا وان شرط فيه أجل » . (انظر المذكرة الايضاحية لهذا النص) وفيها ان للمقرض طلب بدل القرض في الحال) .

ويلاحظ أن المشروع قد أغفل تنظيم الدخل الدائم ، مخالفا في ذلك التقنين الحالي ، وذلك نظرا الى أن الصورة الغالبة في التطبيق العملي أن يكون العقد الذي يرتب الدخل الدائم هو عقد قرض بفائدة .

الفصل السادس

الصلح

١ - اركان الصلح :

(مادة ٥٤١)

الصلح عقد يحسم الطرفان بمقتضاه نزاعا قائما أو يتوقيان نزاعا محتملا ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه .

هذه المادة ، فيما عدا اختلاف لفظي بسيط ، تطابق المادة ٥٤٩ من التقنين الحالي التي تنص على ان « الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه » .

والسند الشرعي للمادة المقترحة ما تدعو اليه الشريعة الإسلامية من وجوب الكتابة لرفع النزاع وملافاة الأضرار التي تنجم عن ضعف ذاكرة الشهود . وذلك في قوله سبحانه ونعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » .

(٢) آثار الصلح :

(مادة ٥٤٥)

- ١ - تنجسم بالصلح التنازلات التي تنازلها .
- ٢ - ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها أي من المسافدين نزولا نهائيا .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٢ من التقنين الحالي :

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٥٦ من التقنين الكويتي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٧١٢ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا تم الصلح، فلا يجوز لأحد من المتصلحين الرجوع فيه . ويملك المدعى بالصلح بدله وتسقط دعواه » .

وتقابل المادتين ٦٥٥ و ٦٥٦ من التقنين الأردني :

فالمادة ٦٥٥ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ - يترتب على الصلح انتقال حق المصالح إلى البديل المصالح عليه وسقوط حقه الذي كان محل النزاع .

٢ - ويكون ملزما لطرفيه ولا يسوغ لأيهما أو لورثته من بعده الرجوع فيه » .

والمادة ٦٥٦ تنص على أن « يقتصر أثر الصلح على الحقوق التي تناولها وحسم الخصومة فيها دون غيرها » .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٤٢) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٥٠ و ٤٥١ .

وانظر في الفقه الإسلامي : م ١٥٥٦ - ١٥٥٩ من المجلة ، وم ١٠٣٧ - ١٠٣٨ من مرشد الحيران ، وم ٨٣٠ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة ، وم ٢٦٠ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، وم ٢٥٥ و ٢٥٦ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك .

(مادة ٥٤٦)

للصلح أثر كاشف بالنسبة إلى ما تناوله من الحقوق ، ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٤ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ١/٥٥٧ من التقنين الكويتي .

وانظر في الفقه الإسلامي : م ١٥٣٩ - ١٥٥٥ من المجلة ، وم ١٠٢٦ - ١٠٣٢ من مرشد الحيران ، وم ٢٤٨ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، وم ٢٥٣ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك .

(مادة ٥٤٣)

لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام . ولكن يجوز انصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية ، أو التي تنشأ من ارتكاب إحدى الجرائم .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥١ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي ، حيث تنص على أنه « لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية ، أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم » .

وقد حذفت من نص التقنين الحالي عبارة « بالحالة الشخصية » لأن الحالة الشخصية تدخل في المسائل المتعلقة بالنظام العام .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٠٤/٢ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٥٥٤ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام ولكنه يجوز الصلح على الحقوق المالية المترتبة عليها » .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٣٩) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٤٥ و ٤٤٦ .

وانظر في الفقه الإسلامي : م ٨١٨ و ٨٢٥ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة ، وم ٢٥٧ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ، وم ٢٥٥ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي .

(مادة ٥٤٤)

لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٧١١ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٥٥٥ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٤١) ومناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٤٧ و ٤٤٨ .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٦٠ من التقنين الكويتي .
انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين
الحالي (م ٧٥٢) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٦٥

ويلاحظ أن المشروع اغفل نص المادة ٥٥٦ من التقنين الحالي الذي يقضى
بأنه « لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون » . فهذا النص
يورد استثناء من القواعد العامة ينتقده الفقه الحديث ، فليس هناك
مبرر معقول للخروج على القواعد العامة في الغلط في الصلح وجعل
الغلط في القانون لا يؤثر في صحة العقد . وبهذا الاغفال يصبح من
الجائز الطعن في الصلح بسبب الغلط ، سواء كان غلطاً في الواقع
أو غلطاً في القانون ، شأنه في ذلك شأن أى عقد آخر .

الباب الثاني

العقود التي ترد على المنفعة

الفصل الأول

عقد الإيجار

الفرع الأول

الإيجار بوجه عام

(١) أركان الإيجار

(مادة ٥٤٩)

الإيجار عقد ينتفع المستأجر به بشئ معين مدة معينة لقاء أجر معلوم .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٨ من التقنين الحالي التي تنص على أن
« الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع
بشئ معين مدة معينة لقاء أجر معلوم » .

ويؤخذ على نص التقنين الحالي أنه يعرف الإيجار بالتزام يقع على
عائق المؤجر . مع أن الالتزام أثر للعقد . ويجب أن ينصب التعريف على
محل العقد ، وهو العملية القانونية المقصودة منه . والعملية القانونية
المقصودة من الإيجار هي انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ، أي حصوله على
منفعة العين . حيث يرتب عقد الإيجار التزامات على عائق كل من الطرفين ،
وهذه الالتزامات ترمى في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة
من العقد .

ولهذا جاء التعريف في المادة المقترحة على نحو يتناول فيه محل العقد
والعناصر الجوهرية فيه ، وهي الشئ المؤجر والأجرة والمدة .

والمادة المقترحة تتفق في جوهر التعريف مع المادة ٦٥٨ من التقنين
الأردني التي تنص على أن « الإيجار تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة
من الشئ المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم » .

وتقابل المادة ٧١٦ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :
١ - الصلح عن انكار أو سكوت ، هو في حق المدعى معاوضة وفي
حق المدعى عليه خلاص من اليمين وقطع للمنازعة .

٢ - فتجرى الشفعة في العقار المصالح عليه ، ولا تجرى في العقار
المصالح عنه .

وتقابل المادة ٣/٦٥٢ من التقنين الاردني التي تنص على أنه « اذا وقع
عن انكار أو سكوت فهو في حق المدعى معاوضة وفي حق المدعى عليه
افتداء لليمين وقطع للخصومة » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي
للتقنين الحالي (م ٧٤٤) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٥٣ و
٤٥٤ .

وانظر في الفقه الاسلامي : م ٨٢١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية
على مذهب الامام أبي حنيفة .

(مادة ٥٤٧)

يجب أن تفسر عبارات النزول التي يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً ،
وإذا كانت تلك العبارات فإن النزول لا ينصب الا على الحقوق التي كانت
وحداً بصفة جلية مجالا للنزاع الذي حسمه الصلح .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٥ من التقنين الحالي ، مع استبدال كلمة
« النزول » بكلمة « التنازل » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٢/٥٥٧ من التقنين الكويتي التي تنص
على أن « تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين
الحالي (م ٧٤٦) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٥٦ .

وحكم المادة المقترحة ، وهو يوجب تحري الدقة في تحديد الحقوق
التي حسم الصلح النزاع في شأنها ، يقره الشرع الاسلامي .

٣ - بطلان الصلح

(مادة ٥٤٨)

١ - الصلح لا يتجزأ ، فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله .

٢ - على أن هذا الحكم لا يسرى إلا تبين من عبارات العقد ، أو من
الظروف ، أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها
عن بعض .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٧ من التقنين الحالي .

وتتطابق المادة ٧٢٠ من التقنين العراقي .

الآخر بثلاثين سنة . والحجة في ذلك أن ما زاد على هذه المدة لا تدعو اليه الحاجة لا سيما وأن الأسعار تتغير من زمن إلى زمن . ويتخرج على هذا التقييد بالنسبة إلى من لا يملك إلا الإدارة من باب الأول (راجع المعنى لابن قدامة ج ٥ ص ٣٢٤) .

أنظر فيما يتعلق باجارة الوقف المادة ٦٧٠ من مرشد الحيران .

(مادة ٥٥١)

الايجار الصادر ممن له حق الانتفاع يكون بعد انقضاء هذا الحق موقوفا على اجازة المالك . فإذا لم يجزه المالك بطل ، وفي هذه الحالة يجب أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالاخلاء والمواعيد اللازمة لنقل المحصول .

هذه المادة تقابل المادة ٥٦٠ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « الاجارة صادرة ممن له حق المنفعة تنقضي بانقضاء هذا الحق اذا لم يجزها مالك الرقبة ، على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالاخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة » .

وقد عدل نص التقنين الحالي ، بحيث اذا صدر الايجار ممن له حق الانتفاع ، ثم انقضى هذا الحق قبل أن تنتهي مدة الايجار ، فإن الايجار في المدة الباقية منه يكون موقوفا على اجازة المالك . اذ أن الايجار لا ينقضي بانقضاء حق الانتفاع ، والا لما صح أن ترد عليه الاجازة ، فهو يظل قائما ولكنه يكون موقوفا على اجازة المالك . فإذا أجاز المالك نفذ ، واذا لم يجزه بطل ، وفي هذه الحالة لايجوز اخراج المستأجر فورا ، وانما يجب أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالاخلاء والمواعيد اللازمة لنقل المحصول . حيث يلاحظ أن المنتفع فيما يتعلق بالمدة الباقية من الايجار بعد انقضاء حقه يكون قد تصرف في ملك غيره بدون إذنه ، ومن ثم يكون الايجار في المدة الباقية منه موقوفا على اجازة المالك .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٦٣/١ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « الايجار الصادر ممن له حق الانتفاع لاينفذ بعد انقضاء هذا الحق في مواجهة مالك الرقبة ما لم يقره ، على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالاخلاء والمواعيد اللازمة لنضج المحصول القائم ونقله » .

وتقابل المادة ٧٢٢ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٥٦٠ من التقنين المصري الحالي .

والسند الشرعي للمادة المقترحة هو القاعدة التي تقضي بأن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى غيره إلا بمقدار ما يملك ، وقد جرى عليها الفقهاء . والمنتفع فيما يتفق بالمدة الباقية من الايجار بعد انقضاء حقه يكون قد تصرف في ملك غيره بدون إذنه . أنظر في هذا المعنى للتعليق الموجود في مرشد الحيران على المادة ٦٢٦ .

وتقابل المادة ٧٢٢ من التقنين العراقي التي تنص على أن « الايجار تملك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة . وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور » .

وتقابل المادة ٥٦١ من التقنين الكويتي التي تتفق مع المادة ٥٥٨ من التقنين المصري الحالي .

والتعريف الوارد في المادة المقترحة يتفق في جوهره مع تعريف الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٤٠٥ من المجلة على أن « الاجارة بيع المنفعة المعلومة في مقابل عوض معلوم » . ونصت المادة ٥٦٤ من مرشد الحيران على أن « عقد الاجارة هو تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة في الشرع ونظر العقلاء بعوض يصلح أجره » . ونصت المادة ٢٤٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة على أن « الاجارة عقد لتمليك نفع يقصد شرعا من العين بعوض » . ونصت المادة ٤٦٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أن « الاجارة عقد على تملك منفعة في نظير عوض بما يدل على التمليك » .

(مادة ٥٥٠)

لايجوز لمن ليس له الا الادارة أن يعقد ايجارا تزيد مدته على ثلاث سنين الا باذن ممن يملكه . فإذا عقد الايجار لمدة أطول من ذلك ، انقصت المدة إلى ثلاث سنين . كل هذا ما لم يوجد نص يقضي بغيره .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٥٥٩ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « لا يجوز لمن لا يملك الا حق الادارة أن يعقد ايجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات الا بترخيص من السلطة المختصة » . فإذا عقد الايجار لمدة أطول من ذلك ، انقصت المدة إلى ثلاث سنوات . كل هذا ما لم يوجد نص يقضي بغيره » .

وقد أدخلت على نص التقنين الحالي تعديلات لفظية على النحو الوارد في المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٥٦٢ من التقنين الكويتي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٧٢٤ من التقنين العراقي .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٥٥) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٧٢ و ٤٧٣ .

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن تقييد سلطة من ليس له الادارة في التأجير لمدة لا تزيد على ثلاث سنين مما يملكه إلى الأمر تحقيقا لمصلحة شرعية معتبرة هي المحافظة على حقوق مالك العين المؤجرة . فإذا رأى من يتولى الادارة أن المصلحة تقتضي التأجير لمدة أطول كان عليه أن يحصل على إذن ممن يملكه .

ويلاحظ أنه في الفقه الاسلامي يرى الشافعي أن المالك ليس له أن يؤجر إلا لمدة معقولة حددها بعض أصحابه بسنة وحددها البعض

(مادة ٥٥٣)

يجوز أن تكون الأجرة نقوداً ، كما يجوز أن تكون أي أداً ، مالى آخر .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٥٦١ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « يجوز أن تكون الأجرة نقوداً ، كما يجوز أن تكون أي تقبلة أخرى » .

وقد عدل هذا النص تعديلاً لفظياً ، وذلك باستبدال عبارة « أي أداً » مالى آخر « بعبارة « أي تقبلة أخرى » .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٧٣٦ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « يصح أن تكون الأجرة نقوداً ، كما يصح أن تكون أي مال آخر » .

وتتفق في حكمها مع المادة ١/٦٦٤ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « يجوز أن يكون بدل الإيجار عينا أو ديناً أو منفعة وكل ما صلح ثمناً في البيع » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٦٤ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « يجوز أن تكون الأجرة نقوداً ، كما يجوز أن تكون أي تقبلة مالية أخرى » .

أنظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٥٨) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٧٦ .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي . فقد نصت المادة ٤٦٣ من المجلة على أن « ما صلح أن يكون بدلاً في البيع يصلح أن يكون بدلاً في الإجارة » . ويجوز أن يكون بدلاً في الإجارة الشيء الذي لم يصلح أن يكون ثمناً . مثلاً يجوز أن يستأجر بستان في مقابلة دابة أو سكنى دار . ونصت المادة ٤٦٤ على أن « بدل الإجارة يكون معلوماً بتعيين مقداره إن كان نقداً كثمن المبيع » ونصت المادة ٤٦٥ على أنه « يلزم بيان مقدار بدل الإجارة ووصفه إن كان من العروض أو المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة » .

(مادة ٥٥٤)

١ - يشترط أن تكون الأجرة معلومة علماً نافياً للجهالة والغرر .

٢ - فإذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها ، أو إذا تعلد اثبات مقدار الأجرة ، وجب اعتبار أجرة المثل .

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة . وهي تقرر الأصل في الحكم والفقرة الثانية منها تطابق المادة ٥٦٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٧٣٨ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٦٥ من التقنين الكويتي .

(مادة ٥٥٢)

من أجر ملك غيره بدون إذنه ، كانت أجازته موقوفة على إجازة المالك ، وسرى عليها أحكام المادتين ٤٤٠ و ٤٤١ .

هذه المادة مستحدثة .

ولم يتضمن التقنين الحالي نصاً في خصوص إيجار ملك الغير ، على خلاف مانص عليه في خصوص بيع ملك الغير الذي اعتبره الشارع في هذا التقنين قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري وغير نافذ في حق المالك (م ٤٦٦ مدني) . ولذلك فالرأي في ظل هذا التقنين هو تطبيق القواعد العامة على إيجار ملك الغير ، فيكون صحيحاً فيما بين طرفيه ، ولكنه لا ينفذ في حق المالك .

وأحكام المادة المقترحة تطبيق للقاعدة العامة التي أخذ بها المشروع فيما يتعلق بالعقد الموقوف ، وذلك في المادتين ١٢٧ و ٣/١٢٨ من المشروع . فقد نصت المادة ١٢٧ على أن يكون العقد موقوف التنفيذ على الإجازة إذا كان تصرفاً في ملك الغير بدون إذنه . ونصت المادة ٣/١٢٨ على أنه إذا كان العقد موقوفاً لكونه تصرفاً في ملك الغير بدون إذنه ، كانت أجازته للمالك .

وفي هذا التطبيق تقضى المادة المقترحة بسريان أحكام بيع ملك الغير الواردة في المواد ٤٣٩ و ٤٤٠ و ٤٤١ من المشروع . وقد رثي ذكر الحكم الأساسي في هذه الأحكام ، وهو أن تكون الإجازة موقوفة على إجازة المالك ، ثم الإشارة بتطبيق أحكام المادتين الباقيتين ، وهما المادتان ٤٤٠ و ٤٤١ . هذا هو ما اتبعه المشروع بالنسبة إلى العقود الأخرى التي تنطوي على تصرف في ملك الغير بدون إذنه .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٧٢٥ من التقنين العراقي التي تنص على أن « تنعقد إجارة الفضولي موقوفة على إجازة المالك » . فإن كان هذا صغيراً أو محجوراً ، وكانت الأجرة ليس فيها غبن فاحش ، انعقدت إجارة الفضولي موقوفة على إجازة الولي » .

وتقابل المادة ٢/٦٦٠ من التقنين الأردني التي تنص على أن « ينعقد إيجار الفضولي موقوفاً على إجازة صاحب حق التصرف بشرائطها المعتبرة » .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي : فقد نصت المادة ٤٤٧ من المجلة على ما يأتي « تنعقد إجارة الفضولي موقوفة على إجازة المتصرف » .

(ج) في المساكن والغرف المؤثثة وفي أي شيء غير ما تقدم اذا كانت الفترة المعينة لدفع الأجرة تسهين أو أكثر ، وجب التنبيه قبل نهايتها بشهر . فإذا كانت أقل من ذلك ، وجب التنبيه قبل نصفها الآخر .

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة ، وهي تقرر الأصل في الحكم .

والفقرة الثانية منها تطابق المادة ٥٦٣ من التقنين الحالي . وتطابق المادة ٧٤١ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٥٦٧ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :
« ١ - اذا عقد الايجار دون تحديد مدة أو عقد لمدة غير معينة أو تعذر اثبات مدته اعتبر الايجار منعقدا للمدة المحددة لدفع الأجرة .

٢ - وينتهي الايجار بانقضاء هذه الفترة اذا نبه أحد المتعاقدين على الآخر بالاخلاء قبل نصفها الأخير على الا يزيد ميعاد التنبيه على ثلاثة أشهر . »

وتقابل المادة ٦٧٠ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

« اذا لم تحدد مدة انعقد الايجار وقد جرى العرف باجرة معينة لكل وحدة زمنية انعقد لازما على وحدة زمنية واحدة وكل من الطرفين فسخه في نهايتها ، وكالما دخلت وحدة أخرى والطرفان ساكتان تجدد العقد لازما عليها .

واذا حدد الطرفان مدة دفع الأجرة في تلك الحالة اعتبر الايجار منعقدا لتلك المدة وينتهي بانتهائها . »

أنظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٦١) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٨٢ و ٤٨٣ وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٤٩٤ من المجلة على أنه « لو استؤجر عقار شهرته كذا درهم من دون بيان عدد الأشهر يصح العقد ، لكن عند ختام الشهر الأول لكل من الآجر والمستأجر فسخ الاجارة في اليوم الأول وليلته من الشهر الثاني الذي يليه ، وأما بعد مضي اليوم الأول وليلته فليس لهما ذلك . وان قال أحد العاقدین في أثناء الشهر فسخت الاجارة تنفسخ في نهاية الشهر . وان قال في أثناء الشهر فسخت الاجارة اعتبارا من ابتداء الشهر الآتي تنفسخ عند حلوله . وان كانت قد قبضت أجرة شهرين أو ازيد فليس لأحدهما فسخ اجارة الشهر المقبوض أجرته . »

(مادة ٥٥٧)

اذا كان الايجار مؤبدا ، أو اذا عقد لمدة تزيد على ثلاثين سنة . جاز انقضاءه بعد انقضاء ثلاثين سنة بناء على طلب أحد المتعاقدين ، مع مراعاة المواعيد القانونية المنصوص عليها في المادة السابقة . ويكون باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك .

هذه المادة مستحدثة .

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين الحالي يتضمن نصا مماثلا (م ٧٦٠ فقرة أولى) . ولكن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب حذفته دون ان تشير الى هذا الحذف في تقريرها (مجموعة

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٦٣ والمادة ٢/٦٦٤ من التقنين الأردني :
فالمادة ٦٦٣ من هذا التقنين تنص على أنه « يشترط أن يكون بدل الايجار معلوما وذلك بتعين نوعه ومقداره ان كان من النقود وبيان نوعه ووصفه وتحديد مقداره ان كان من غير النقود » .

والمادة ٢/٦٦٤ تنص على أنه « اذا كان بدل الايجار مجهولا جاز فسخ الاجارة ولزم أجر المثل عن المدة اناضية قبل الفسخ » .

أنظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٥٩) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٧٧ و ٤٧٨ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٤٦٢ من المجلة على أن « فساد الاجارة ينشأ بعبثه عن كون البديل مجهولا وبعبثه عن فقدان شرائط الصحة الأخرى . وفي الصورة الأولى يلزم أجر المثل بالغاً ما بلغ ، وفي الصورة الثانية يلزم أجر المثل بشرط ألا يتجاوز الأجر المسمى » . أنظر م ٦٩١ من مجلة الأحكام الشرعية .

(مادة ٥٥٥)

تبدأ مدة الايجار من الوقت الذي في العقد ، فاذا لم يعين فون تاريخ العقد .

هذه المادة مستحدثة .

وهي تتفق مع المادة ٧٣٩ من التقنين العراقي .

وتتفق مع المادة ٦٦٩ من التقنين الأردني .

وتتفق مع المادة ٥٦٦ من التقنين الكويتي .

ويتفق حكمها مع ما يقرره الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٤٨٥ من المجلة على أن « ابتداء مدة الاجارة يعتبر من الوقت الذي سمي أي عين وذكر عند العقد » . ونصت المادة ٤٨٦ على أنه « ان لم يذكر ابتداء المدة حين العقد يعتبر من وقت العقد » . أنظر المادة ٥٦٤ من مجلة الأحكام الشرعية .

(مادة ٥٥٦)

١ - يشترط أن تكون مدة الايجار معلومة .

٢ - فاذا عقد الايجار دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير معينة أو تعذر اثبات المدة المدعاة ، اعتبر الايجار منعقدا للفترة المعينة لدفع الأجرة . وينتهي بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين اذا هو نبه على المتعاقدين الآخر بالاخلاء في المواعيد الآتية بيانها :

(أ) في الأراضي الزراعية والأراضي البور اذا كانت المدة المعينة لدفع الأجرة ستة أشهر أو أكثر ، يكون التنبيه قبل انتهائها بثلاثة أشهر . فاذا كانت المدة أقل من ذلك وجب التنبيه قبل نصفها الأخير ، مع مراعاة حق المستأجر في الحصول وفقا للعرف .

(ب) في المنازل والحواريات والمكاتب والمتاجر والمصانع والمخازن وما الى ذلك اذا كانت الفترة المعينة لدفع الأجرة أربعة أشهر أو أكثر ، وجب التنبيه قبل انتهائها بشهرين . فاذا كانت الفترة أقل من ذلك ، وجب التنبيه قبل نصفها الأخير .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٦٩ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « يلتزم المؤجر بتسليم المأجور وملحقاته في حالة يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٧٧ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - على المؤجر تسليم المأجور وتوابعه في حالة يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة كاملة » .

٢ - ويتم التسليم بتمكين المستأجر من قبض المأجور دون مانع يعوق الانتفاع به مع بقاءه في يده بقاء متصلا حتى تنقضي مدة الايجار ، وتقابل المادة ٧٤٢ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« على المؤجر بعد قبضه الاجر المسمى الشروط تعجيله ، ان يسلم المأجور للمستأجر بالحالة التي عليها وقت العقد ، فان كانت قد تغيرت بفعله او بفعل غيره تغيرا يخل بالمنفعة المقصودة ، فالمستأجر مخير أن شاء الله قبله وان شاء فسخ الاجارة » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي (م ٧٦٢) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٨٦ وانظر في الفقه الاسلامي : م ٥٢٣ و ٥٨٢ و ٥٨٤ و ٥٨٥ من المجلة والمواد ٥٧٤ ، ٥٧٥ ، ٥٧٦ ، ٦٢٤ ، من مجلة الاحكام الشرعية .

مادة ٥٥٩

يسرى على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسرى على الالتزام بتسليم العين المبعة من احكام ، وعلى الاخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتجديد مقدار العين المؤجرة وتجديد ملحقاتها .

هذه المادة تطابق المادة ٥٦٦ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٧٤٨ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٧١ من التقنين الكويتي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٨٠ من التقنين الاردني .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي (م ٧٦٤) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٩١

وانظر في الفقه الاسلامي : م ٤٧٤ و ٤٧٥ و ٥٠٣ و ٥٠٤ و ٥٢١ و ٥٨٤ و ٥٨٥ من المجلة .

وقد جاء في المادة ٦٧٠ من مجلة الاحكام الشرعية أن « بذل العين المؤجرة أي عرضها على المستأجر لاستيفاء نفعها تسليم لها ، ولو امتنع المستأجر من استلامها فلا مانع » .

مادة ٥٦٠

١ - اذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تضمن فيها عابئة لان تبقى بالمنفعة المقصودة منها او اذا نقصت هذه المنفعة نقصا كبيرا ، جاز للمستأجر ان يطلب المؤجر باجراء الترميم اللازم للعين او يطلب فسخ العقد او انقاص الاجرة بقدر ما نقص من المنفعة ، مع التعويض في جميع هذه الحالات ان كان له مقتضى .

الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٨١ في الهامش) . فادى هذا الى القياس على الحكم الذي لا يجوز ان تزيد مدته على ستين سنة (م ٩٩٩ مدني) .

ولذلك رثي النص على الحكم الوارد في المادة المقترحة لسد النقص الموجود في التقنين الحالي .

فلا يجوز ان يكون الايجار مؤبدا . واذا كانت مدة الايجار تزيد على ثلاثين سنة ، فانه يكون في حكم العقد المؤبد ، ومن ثم لا يجوز . اما اذا كانت مدته لا تزيد على ثلاثين سنة ، فانه يبقى للقاضي حق التقدير في ضوء الظروف . فقد لا تزيد مدته على ثلاثين سنة ، ومع ذلك يستطيع القاضي في ضوء الظروف وما جرى به العرف بالنسبة الى العين المؤجرة ان يعتبره في حكم العقد المؤبد فلا يجوز .

واذا عقد الايجار لمدة تزيد على الحد الجائز للتوقيت ، سواء عقد لمدة تزيد على ثلاثين سنة او عقد لمدة لا تزيد على هذا الحد ولكن اعتبره القاضي في حكم العقد المؤبد ، فانه لا يكون باطلا ، وانما تنقص المدة فيه الى الحد الجائز .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٤٠ فقرة اولى من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٧١ فقرة اولى من التقنين الاردني .

وتقابل المادة ٥٧٣ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي (م ٧٦٠) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٨٢ و ٤٨٣ .

والسند الشرعي للمادة المقترحة ان تقييد مدة الايجار بما لا يجاوز ثلاثين سنة مما يملكه ولي الامر تحقيقا لمصلحة شرعية معتبرة هي المحافظة على حقوق كل من المؤجر والمستأجر .

وفي الفقه الاسلامي يرى الشافعي أن المالك ليس له أن يؤجر الا لمدة معقولة حددتها بعض أصحابه بسنة وحددها البعض الآخر بثلاثين سنة والحجة له في ذلك أن مازاد على هذه المدة لا تدعو اليه الحاجة لاسيما وأن الأسعار تتغير من زمن الى زمن (راجع المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٣٢٤)

(٢) آثار الايجار

(مادة ٥٥٨)

يلتزم المؤجر أن يسلم المستأجر العين المؤجرة وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن تنفع بالمنفعة المقصودة منها ، وفقا لما تم عليه الاتفاق أو لطبيعة العين .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٥٦٤ من التقنين الحالي التي تنص على أن « يلتزم المؤجر أن يسلم العين المؤجرة وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن تنفع بما أعدت له من المنفعة ، وفقا لما تم عليه الاتفاق أو لطبيعة العين » .

وقد استبدلت عبارة « بالمنفعة المقصودة منها » الواردة في المادة المقترحة بعبارة « بما أعدت له من المنفعة » الواردة في نص التقنين الحالي ، تحريبا للدقة في التعبير .

(مادة ٥٦١)

١ - على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقى صالحة لأن تفي بالمنفعة المقصودة منها ، فيقوم في أثناء الاجارة بجميع الترميمات الضرورية للانتفاع دون الترميمات التأجيرية .

٢ - وعليه أن يجري الأعمال اللازمة للأسطح من تجصيص أو بياض ، وأن يقوم بنزع الآبار والمراحيض ومصارف المياه .

٣ - ويتحمل المؤجر التكاليف والضرائب المستحقة على العين المؤجرة . وإلزام العين بالمياه إذا قدر جزئاً ، فإذا كان تقديراً « بالعداد » كان على المستأجر . أما ثمن الكهرباء والغاز وغير ذلك مما هو خاص بالاستعمال الشخصي فيتحمله المستأجر .

٤ - كل هذا ما لم ينص الاتفاق أو العرف بغيره .

الفقرة الأولى من هذه المادة تتفق في حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ٥٦٧ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقى على الحالة التي سلمت بها ، وأن يقوم في أثناء الاجارة بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات « التأجيرية » .

وأند أدخلت على هذه الفقرة التعديلات اللفظية الآتية :

١ - استبدلت عبارة « تبقى صالحة لان تفي بالمنفعة المقصودة منها » بعبارة « لتبقى على الحالة التي سلمت بها » ، لكي يتسق التعبير مع ماورد في المادتين السابقتين .

٢ - استبدلت كلمة « فيقوم » بعبارة « وأن يقوم » ، نظراً الى أن قيام المؤجر بجميع الترميمات الضرورية يعتبر نتيجة تترتب على التزامه بالصيانة وليس التزاماً آخر حتى نبدأ بواو العطف .

٣ - أضيفت كلمة « للانتفاع » بعد عبارة « الترميمات الضرورية » ، لكي ينسج التمييز بينها وبين الترميمات الضرورية لحفظ العين المؤجرة .

والفقرتان الثانية والثالثة من المادة المقترحة تطابقان الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٥٦٧ من التقنين الحالي .

أما الفقرة الرابعة من المادة المقترحة فتقابل الفقرة الرابعة من المادة ٥٦٧ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » . وقد اضيفت عبارة « أو العرف » بعد كلمة « الاتفاق » لاستكمال الحكم . وقد كانت الفقرة الرابعة من المادة المقابلة في المشروع التمهيدي (م ٧٦٥) تشمل على هذه العبارة ، ولكنها حذفت بحجة أن المقرر في النص هو ما جرى العرف به (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٩٥ - ٤٩٧) .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ١/٧٥ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « على المؤجر اصلاح وترميم ما حدث من خلل في المساجير أدى الى اخلال في المنفعة المقصودة منه » .

٢ - فإذا كانت العين المؤجرة في حالة من شأنها ان تعرض صحة المستأجر أو من يعيشون معه أو مستخدميهم أو عماله لخطر جسيم ، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد ، ولو كان قد سبق له أن نزل عن هذا الحق .

الفقرة الأولى من هذه المادة تتفق في حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ٥٦٥ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « اذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للانتفاع الذي أجرت من أجله أو اذا نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً ، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع مع التعويض في الحالتين اذا كان لذلك مقتضى » .

وقد أدخل على هذه الفقرة التعديلان الآتيان :

١ - أجرى تعديل لفظي ، حيث استبدلت عبارة « لان تفي بالمنفعة المقصودة منها » بعبارة « للانتفاع الذي أجرت من أجله » ، واستبدلت كلمة « المنفعة » بكلمة « الانتفاع » . وذلك حتى يتسق التعبير مع ما جاء في المادة المقترحة السابقة .

٢ - أضيف ما يفيد أن للمستأجر الحق في مطالبة المؤجر بإجراء الترميم اللازم للعين لاستكمال ما يستطيع المستأجر أن يطالب به . إذ أن للمستأجر أساساً أن يطلب التنفيذ العيني اذا لم يعدل عنه الى طلب الفسخ أو انقاص الأجرة .

أما الفقرة الثانية من النص المقترح فتطابق الفقرة الثانية من المادة ٥٦٥ من التقنين الحالي .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٥٧٠ من التقنين الكويتي .

والفقرة الأولى منها تقابل المادتين ٧٤٤ و ٧٤٥ من التقنين العراقي .

والفقرة الثانية منها تطابق المادة ٧٤٩ من التقنين العراقي .

وهي تقابل المادة ٦٧٩ من التقنين الاردني .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي التقنين الحالي (م ٧٦٣) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٨٨ و ٤٨٩ .

وفي الفقه الاسلامي : نصت المادة ٤٧٨ من المجلة على أنه « لو فات الانتفاع بالمساجير بالكلية سقطت الأجرة . مثلاً لو احتاج الحمام الى التعمير وتعطل في أثناء تعميره تسقط حصة تلك المدة من الأجرة ، وكذلك لو انقطع ماء الرحي وتعطلت تسقط الأجرة اعتباراً من وقت انقطاع الماء ، ولكن لو انتفع المستأجر بغير صورة الطبخ من بيت الرحي بالرغم انقطاع ماء الساب حصة ذلك الانتفاع من بدل الاجارة ،

٣ - وإذا كانت نفقات الترميمات باهظة لاتتناسب مع الاجرة ، يعفى المؤجر من التنفيذ العيني ، ولا يكون للمستأجر الا طلب الفسخ أو انقاص الاجرة مع التعويض ان كان له مقتض .

الفقرة الاولى من هذه المادة تقابل الفقرة الاولى من المادة ٥٦٨ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « اذا تأخر المؤجر بعد اعذاره عن القيام بتنفيذ الالتزامات المبينة في المادة السابقة ، جاز للمستأجر ان يحصل على ترخيص من القضاء في اجراء ذلك بنفسه وفي استيفاء ما أنفقه استنزالا من الاجرة ، وهذا دون اخلال بحقه في طلب الفسخ أو انقاص الاجرة » .

وتد ادخل على هذه الفقرة التعديلان الآتيان :

١ - استبدلت عبارة « بتنفيذ الالتزامات المبينة في المادتين ٥٥٨ و ٥٦١ بعبارة « بتنفيذ الالتزامات المبينة في المادة السابقة » . وذلك لكي يشمل الحكم الاخلال بالالتزام بالتسليم المنصوص عليه في المادة ٥٥٨ من المشروع ، وكذلك الاخلال بالالتزام بالصيانة المنصوص عليه في المادة ٥٦١ من المشروع . وهذا في الواقع ما تقضى به القواعد العامة في ظل التقنين الحالي وفي ظل المشروع ، مع اضافة حق المستأجر في أن يستوفى ما أنفقه استنزالا من الاجرة .

٢ - أجريت تعديلات لفظية على النحو الوارد في المادة المقترحة حيث استبدلت كلمة « اذن » بكلمة « ترخيص » ، واستبدلت عبارة « في اجراء الترميمات اللازمة للعين المؤجرة بنفسه » بعبارة « في اجراء ذلك بنفسه » ، واستبدلت كلمة « ينفقه » بكلمة « أنفقه » .

اما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من المادة ٥٦٨ من التقنين الحالي ، مع استبدال كلمة « اذن » بكلمة « ترخيص » ، واستبدال كلمة « استنزالا » بكلمة « خصما » .

اما الفقرة الثالثة من المادة المقترحة فمستحدثة .

وهي تواجه حالة تكون الاجرة فيها زهيدة نظرا الى حالة المين المؤجرة ، أو تكون الاجرة محددة بمقتضى تشريع آمر ، حيث لا يكون من العدل أن يلزم المؤجر بما يلزم من ترميم لاصلاح العين اذا كانت نفقات هذا الترميم باهظة بحيث لا تتناسب مع الاجرة ، ومن ثم يقتصر حق المستأجر على طلب الفسخ أو انقاص الاجرة مع التعويض ان كان له مقتض . وذلك لان النص يفترض أن نفقات الترميم تتناسب مع الاجرة ، اذ يقتضى بأن يكون للمستأجر أن يستوفى استنزالا من الاجرة . واتساقا مع حالة العيب في العين المؤجرة ، حيث يشترط في الزام المؤجر باصلاح العيب الا يكون من شأن هذا الاصلاح أن يهبط المؤجر . واتساقا مع مو مقرر في التنفيذ العيني من أنه اذا كان في هذا التنفيذ ارهاق للمدين ، جاز للقاضي أن يقصر حق الدائن على دفع تعويض اذا كان ذلك لا يلحق به ضررا جسيما . وهذا المعيار الاقتصادي هو الذي ينادى به الفقه في الوقت الحاضر .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٧٢ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « يلتزم المؤجر أن يتعهد المأجور بالصيانة ليبقى في حالة صلاح معها للانتفاع المقصود بأن يقوم في أثناء مدة الإيجار بجميع الإصلاحات الضرورية طبقا لما يقضى به العرف ، ما لم يتم الاتفاق على غير » .

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة ١/٦٨١ من التقنين الاردني التي تنص على أن « يلزم المؤجر أن يقوم باصلاح ما يحدث من خلل في المأجور يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة ... » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي (م ٧٦٥) وما ادخل عليه من تعديل في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٩٤ - ٤٩٧ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٥٢٩ من المجلة على أن « أعمال الأشياء التي تخل بالمنفعة المقصودة عائدة الى الآجر . مثلا تطهير الرحى على صاحبها ، كذلك تعمير الدار وطرق الماء واصلاح منافذه وانشاء الأشياء التي تخل بالسكنى وسائر الأمور التي تتعلق بالبناء كلها لازمة على صاحب الدار ، واذا امتنع صاحبها عن أعمال هؤلاء فالمستأجر أن يخرج منها الا أن يكون حين استئجاره أياها كانت على هذا الحال وكان قد رآها فله حينئذ يكون قد رضى بالعيب فليس له اتخاذ هذا وسيلة للخروج من الدار بعد ، وان عمل هذه الأشياء المستأجر منه كانت من قبيل التبرع فليس له طلب ذلك المصروف من الآجر » .

ونصت المادة ٥٣٠ على أن « التعميرات التي انشأها المستأجر باذن الآجر أن كانت عائدة لاصلاح المأجور وصيانته عن تطرق الخلل كتطهير الكرميت أي القرميد » وهو نوع آجر يوضع على السطوح لحمايتها من المطر « فالمستأجر يأخذ مصروف مثل هذه التعميرات من الآجر وان لم يجر بينهما شرط على أخذه ، وان كانت عائدة لمنافع المستأجر فقط كتعمير المطابخ فليس للمستأجر أخذ مصروفها ما لم يذكر شرط أخذه بينهما » .

انظر كذلك المادة ٦٢٨ من مرشد الحيوان .

مادة ٥٦٢

١ - اذا لم يتم المؤجر بعد اعذاره بتنفيذ الالتزامات المبينة في المادتين ٥٥٨ و ٥٦١ ، جاز للمستأجر أن يحصل على اذن من القضاء في اجراء الترميمات اللازمة للعين المؤجرة بنفسه وفي استيفاء ما أنفقه استنزالا من الاجرة ، وهذا دون اخلال بحقه في طلب الفسخ أو انقاص الاجرة .

٢ - ويجوز للمستأجر دون حاجة الى اذن من القضاء أن يقوم باجراء الترميمات المستعجلة أو الترميمات البسيطة مما التزم به المؤجر ، سواء كان العيب موجودا وقت بدء الانقطاع أو طرا بعد ذلك ، اذا لم يتم المؤجر بعد اعذاره بتنفيذ هذا الالتزام في ميعاد مناسب ، على أن يستوفى المستأجر ما أنفقه استنزالا من الاجرة .

والفقرتان الأولى والثانية من المادة المقترحة تتفقان في الحكم مع المادة ٥٧٣ من التقنين الكويتي .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢/٧٥٠ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « وإذا امتنع المؤجر من الترميم ، كان للمستأجر أن يفسخ الاجارة أو أن يقوم بالترميم باذن المحكمة ، ويرجع على المؤجر بما صرف بالقدر المعروف » .

وتقابل المادة ٦٨١ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - يلزم المؤجر أن يقوم باصلاح ما يحدث من خلل في المأجور يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة ، فان لم يفعل جاز للمستأجر فسخ العقد أو انحصار على اذن من المحكمة يخوله الاصلاح والرجوع على المؤجر بما انفق بالقدر المتعارف عليه .

٢ - اذا كان الخلل الذي يلزم المؤجر اصلاحه عرفا من الامور البسيطة أو المستعجلة التي لا تحتل التأخير وطالب اليه المستأجر اصلاحه فتأخر أو تعذر الاتصال به جاز للمستأجر اصلاحه واقتطاع نفقته بالقدر المعروف من بدل الايجار » .

انظر في الفقه الاسلامي المادتين ٥٢٩ و ٥٣٠ من المجلة اللتين تقدم ذكرهما تطبيقا على المادة السابقة . وانظر كذلك المادة ٦٢٨ من مرشد الحيران .

وتجد جاء في قواعد بن رجب (١٣٧ - ١٣٩) أن من انفق على مال غيره لتعديله حقه به كإن له الرجوع عليه بما انفق . والرجوع بعد استئذان القاضي محل اتفاق بين الفقهاء ، وكذلك حالة الاستعجال بعد الاعذار .

مادة ٥٦٣

١ - اذا هلكت العين المؤجرة أثناء الايجار هلاكا كلياً ، انفسخ العقد من تلقاء ذاته .

٢ - أما اذا كان هلاك العين جزئياً ، أو اذا أصبحت العين في حالة لا تصلح معها لأن تفي بالمنفعة المقصودة منها ، أو نقصت هذه المنفعة نقصاً كبيراً ، ولم يكن للمؤجر يدفي شيء من ذلك ، فيجوز له ، اذا لم يتم المؤجر في ميعاد مناسب باعادة العين الى الحالة التي كانت عليها ، أن يطلب بحسب الأحوال اما انقاص الأجرة أو فسخ الايجار ، دون اخلال بما له من حق في أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزام المؤجر وفقاً لأحكام المادة السابقة .

٣ - وفي الحالات المنصوص عليها في الفقرة السابقة ، تسري أحكام الفقرة الثالثة من المادة السابقة ، اذا كانت نفقات تجديد العين أو ترميمها باعطة لاتناسب مع الأجرة .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٥٦٩ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي باستبدال عبارة « من تلقاء ذاته » بعبارة « من تلقاء نفسه » .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق الفقرة الثانية من المادة ٥٦٩ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي باستبدال عبارة « لاتصلح معها لأن تفي بالمنفعة المقصودة منها ، أو نقصت هذه المنفعة » بعبارة « تصلح معها للانتفاع الذي أجرت من أجله ، أو نقص هذا الانتفاع » ، واستبدال عبارة « بحسب الأحوال » بعبارة « تبعاً للظروف » .

وقد حذفت الفقرة الثالثة من المادة ٥٦٩ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « ولا يجوز للمستأجر في الحالتين السابقتين أن يطلب تعويضاً اذا كان الهلاك أو التلف يرجع الى سبب لا يد المؤجر فيه » . وذلك لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة لا يحتاج الى نص .

أما الفقرة الثالثة من المادة المقترحة فمستحدثة .

وهي : كما سبق القول في حالتى تسليم العين المؤجرة والترميمات الضرورية للانتفاع بها ، تواجه حالة تكون نفقات تجديد المين أو ترميمها باعطة لاتناسب مع الأجرة بحيث تؤدي الى ارهاق المؤجر أو تحصيله مالا طاقة له به . حيث تسري أحكام الفقرة الثالثة من المادة ٥٦٢ ، فيعطي المؤجر من التنفيذ العيني ، ولا يكون للمستأجر الا طلب الفسخ أو انقاص الأجرة مع التعويض ان كان له مقتضى .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٧٥١ من التقنين العراقي .

وتقابل الفقرة الأولى من المادة ٥٧٥ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « اذا هلك المأجور أثناء مدة الايجار لسبب اجنبي لا يد لأحد العاقدین فيه هلاكا كلياً ، انفسخ العقد من تلقاء نفسه » .

والفقرتان الثانية والثالثة من المادة المقترحة تتفقان في الحكم مع الفقرة الثانية من المادة ٥٧٥ من التقنين الكويتي .

وتقابلان الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٧٥١ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

٢ - أما اذا أصبح في حالة لا يصلح معها للانتفاع الذي أجرت من أجله أو نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً ، ولم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك ، جاز له اذا لم يتم المؤجر في ميعاد مناسب باعادة المأجور الى الحالة التي كان عليها ، أن يطلب اما انقاص الأجرة أو فسخ الاجارة .

٣ - ولا يجوز للمستأجر في الحالتين السابقتين أن يطلب تعويضاً اذا كان الهلاك أو التلف يرجع الى سبب لا يد للمؤجر فيه » .

وفي الفقه الاسلامي في هذا الصدد نصت المادة ٤٨٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما يأتي :

« يفسخ عقد الاجارة بتعذر ما تستوفي منه المنفعة ان كان معينا في انعقد لاستيفائها منه . ويكون على المستأجر من الأجرة بحسبة ما استوفاه من المنفعة . واذا زال التعذر قبل انتهاء مدة الاجارة وقيل قيام المسأجر بفسخ العقد ، فلا حق له في فسخه ويسقط عنه »

(مادة ٥٦٥)

١ - على المؤجر أن يمنع من كل ما من شأنه أن يتول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ، ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملاحقاتها أى تغيير يخل بهذا الانتفاع .

٢ - ويعتبر التعرض الدائم من أحد أنواع المؤجر بمثابة تعرض صادر من المؤجر نفسه .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٥٧١ من التقنين الحالي .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٥٧١ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التي تصدر منه أو من أتباعه ، بل يمتد هذا الضمان الى كل تعرض أو اضرار مبنية على سبب قانوني يصدر من أى مستأجر آخر أو من أى شخص تلقى الحق عن المؤجر » .

وقد رثى حذف هذا النص والاقتصار على ما ورد في الفقرة الثانية من المادة المقترحة . فقد اختلف الفقهاء في حالة ما اذا خول المؤجر الغير حقا عينيا أو شخصيا يتعارض مع حق المستأجر ويحتج به عليه . كان يبيع المؤجر العين ، ولا يكون للايجار تاريخ ثابت قبل انتقال الملكية ، فيكون للمشتري أن يخرج المستأجر من العين . أو يخول الغير حق ارتفاق من شأنه أن ينقص من انتفاع المستأجر بالعين . أو يرهق العين رهق حيازة فتنتقل حيازتها الى الدائن المرتهن ، فيحول ذلك دون انتفاع المستأجر بالعين . أو يؤجر العين لمستأجر آخر تكون له الأفضلية على المستأجر الأول . حيث ذهب فريق الى أن هذا يعتبر تعرضا قانونيا من المؤجر . وذهب فريق آخر الى اعتبار هذا التعرض تعرضا قانونيا صادرا من المؤجر ومن الغير في وقت واحد . وذهب فريق ثالث الى أنه في هذه الحالة يوجد نوعان من التعرض ، أحدهما تعرض مادي من المؤجر يقوم على تصرف قانوني ، والآخر تعرض قانوني من الغير ، وكلاهما يضمنه المؤجر .

والواقع أن التعرض في مثل هذه الحالات إنما هو تعرض قانوني من الغير ، وليس من المؤجر . صحيح أن التعرض القانوني الصادر من الغير قد يستند الى تصرف صادر من المؤجر كما هو الشأن في الحالة التي نحن بصدددها ، ولكن مجرد صدور مثل هذا التصرف من المؤجر لا يكفي للقول بأن المؤجر قد تعرض تعرضا ماديا أو قانونيا ، لأن التعرض يشترط فيه أن يقع بالفعل ، والذي يحصل عملا ألا تتحرك مسئولية المؤجر الا حينما يدعى الغير بالفعل أن له حقا يتعارض مع حق المستأجر فتكون بضده تعرض قانوني من الغير .

وفي ضوء هذا رثى الاقتصار على ما ورد في الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٥٨١ من التقنين الكويتي .

من الاجرة ما يقابل المدة التي تعذر فيها الاستيفاء . وأما اذا كان ما تستوفى منه المنفعة غير معين في العقد فلا يفسخ عقد الاجرة بتعذر استيفائها منه .

وجاء في المذكرة الايضاحية لهذه المادة أن المراد بفسخ العقد بتعذر ما تستوفى منه المنفعة أن الفسخ حق للمستأجر لأنه واجب لذاته والمراد بتعذر ما تستوفى منه المنفعة هو تعذر استيفائها منه كأنهدام الدار وتلف الدابة أو السيارة أو السفينة ونحو ذلك من كل مانع يتعذر معه استيفاء المنفعة منه .

انظر في هذا : الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ٣٠٧ و ٣٠٨ . والشرح الكبير وحاشيته ج ٤ ص ٢٧ .

وجاء في المغني لابن قدامة أنه اذا وقعت الاجارة على عين فتلفت انفسخ العقد بتلفها (ج ٥ ص ٣٥٢ مسألة ٤١٥٣) .

(مادة ٥٦٤)

١ - للمؤجر الحق في اجراء الترميمات المستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة ، ولو عارض المستأجر . على أنه اذا ترتب على هذه الترميمات اخلال كلي أو جزئي بالانتفاع بالعين ، جاز للمستأجر أن يطلب بحسب الأحوال اما فسخ الايجار أو انقاص الاجرة .

٢ - ومع ذلك اذا بقي المستأجر في العين المؤجرة الى أن تتم الترميمات ، سقط حقه في طلب الفسخ .

هذه المادة تطابق المادة ٥٧٠ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي ، وذلك باستبدال عبارة « للمؤجر الحق في اجراء الترميمات المستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة » ، ولو عارض المستأجر ، بعبارة « لا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من اجراء الترميمات المستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة » ، وباستبدال عبارة « بحسب الأحوال » بعبارة « تبعا للظروف » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٧٥٢ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٧٤ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٦٨) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٠٤ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٦٣١ من مرسد الحيران على أنه « اذا احتاجت الدار المستأجرة لعمارة ضرورية لصيانتها فلا يمنع المستأجر المؤجر من اجائها . فان ترتب على العمارة ما يضر بالسكنى أو يخل بالمنفعة ، فالمستأجر بالخيار بين الفسخ وعدمه » .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٥٧٨ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض الصادر من الغير إلا إذا كان مبنيا على سبب قانوني » .

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن عقد الإيجار يقتضي نقل ملكية المنفعة إلى المستأجر . فإذا ادعى الغير حقا يناقض مقتضى عقد الإيجار . ضمن المؤجر هذا التعرض . وهذا يتفق مع قواعد الشرع في باب الضمان بالتسبب .

(مادة ٥٦٧)

١ - إذا ادعى الغير حقا يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق بمقتضى عقد الإيجار ، وجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بذلك ، وله أن يخرج من الدعوى ، وفي هذه الحالة لا توجه الاجراءات إلا إلى المؤجر .

٢ - إذا ترتب على هذا الادعاء أن حرم المستأجر فعلا من الانتفاع الذي له بهوجب عقد الإيجار ، جاز له بحسب الأحوال أن يطلب الفسخ أو انقاص الأجرة مع التعويض أن كان له مقتضى .

هذه المادة تطابق المادة ٥٧٢ من التقنين الحالي ، مع استبدال كلمة « الغير » في صدر الفقرة الأولى بكلمة « اجنبى » ، واستبدال عبارة « بحسب الأحوال » في الفقرة الثانية بعبارة « تبعا للظروف » .

وتطابق المادة ٧٥٤ من التقنين العراقي فيما عدا الكلمة التي تم استبدالها .

وتطابق المادة ٥٧٧ من التقنين الكويتي ، فيما عدا أن هذا التقنين لا ينص على خروج المستأجر من الدعوى وتوجيه الاجراءات إلى المؤجر .

والفقرة الثانية فيها تتفق في حكمها مع المادة ٦٨٥ من التقنين الأردني .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (٧٧١ م) ، في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٠٩ .

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن وجوب الإخطار على المستأجر وما يؤدي إليه من تدخل المؤجر في الدعوى من شأنه أن يكفل المحافظة على مصالح الطرفين ، فهو حكم تقتضيه القواعد الشرعية .

(مادة ٥٦٨)

١ - لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض الصادر من الغير مادام التعرض لا يدعى حقا ، ولكن هذا لا يخل بما للمستأجر من الحق في أن يرفع باسمه على التعرض دعوى المطالبة بالتعويض وجميع دعاوى الحيازة .

والفقرة الأولى منها تتفق في حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ٧٥٣ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ٦٨٤ من التقنين الأردني .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٧٥٣ من التقنين العراقي ، وهذه تطابق الفقرة الثانية من المادة ٥٧١ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٦٨٤ من التقنين الأردني ، وهذه تطابق الفقرة الثانية من المادة ٥٧١ من التقنين الحالي .

وحكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٦٣٢ من مرشد الحيران على أنه « لا يجوز للمؤجر أن يتعرض للمستأجر في استيفائه المنفعة مدة الاجارة ، ولا أن يحدث في العين المؤجرة تغييرا يمنع من الانتفاع بها أو يخل بالمنفعة المقصودة عليها » .

كما نصت المادة ٦٣٣ على أنه « إذا سلم المؤجر جميع الدار للمستأجر ، ثم تعرض له ونزع منها بيتا من بيوتها رفع عن المستأجر من الأجر بقدر حصته » .

وكذلك الحكم إذا شغل المؤجر بمتاعه بيتا من الدار المستأجرة فان حصته تسقط من الأجرة المسماة » .

انظر أيضا المادة ٦٧٨ من مجلة الأحكام الشرعية .

أما حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة فيستند إلى قواعد الشرع في باب الضمان باعتبار أن اتباع المؤجر يكونون في وضع يجعل أفعالهم منسوبة إلى المؤجر .

(مادة ٥٦٦)

يضمن المؤجر التعرض الصادر من الغير إذا كان مبنيا على سبب قانوني .

هذه المادة مستحدثة .

وقد رثي إيرادها عقب المادة السابقة التي تتناول ضمان المؤجر لتعرضه الشخصي ، إذ أن التقنين الحالي نص بطريقة مباشرة على ضمان المؤجر لتعرضه الشخصي (م ٥٧١ مدني) ، وعدم ضمانه للتعرض المادي الصادر من الغير (م ٥٧٥ مدني) ، بينما تناول بطريقة غير مباشرة التعرض الصادر من الغير المبني على سبب قانوني (م ٥٧٢ مدني) .

وقد راعى المشروع في ترتيب المواد أن يبدأ بالنص على ضمان المؤجر لتعرضه الشخصي ، ثم ضمانه للتعرض الصادر من الغير المبني على سبب قانوني ، ثم عدم ضمانه للتعرض المادي الصادر من الغير . وبعبء ذلك يتناول بعض صور التعرض .

هذه المادة تقابل المادة ٥٧٣ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة ، فضل من سبق منهم الى وضع يده عليها دون غش ، فإذا كان مستأجر عقار قد سجل عقده وهو حسن النية قبل أن يضع مستأجر آخر يده على العقار المؤجر أو قبل أن يتجدد عقد إيجاره ، فإنه هو الذي يفضل . »

٢ - فإذا لم يوجد سبب لتفضيل أحد المستأجرين ، فليس لهم فيما تعارضت فيه حقوقهم الا طلب التعويض . »

وقد عدلت الفقرة الاولى من هذه المادة على النحو الوارد في المادة المقترحة ، وذلك على خلاف ما تقضي به القواعد العامة . فهذه القواعد تقضي بأن الدائنين متساوون بصرف النظر عن تواريخ نشوء حقوقهم ، إذ المستأجر دائن عادي ، ولا يقدح في هذه المساواة أن يكون عقد أحدهم ثابت التاريخ . ومن ثم فطبقاً لهذه القواعد تكون الأفضلية للدائن الذي يسبق الى استيفاء دينه ، أي تفضيل المستأجر الذي يسبق الى وضع يده على العين المؤجرة قبل غيره .

ولكن رؤى النص على ما يخالف هذه القواعد بتفضيل المستأجر الذي يسبق الى إثبات تاريخ عقده ، لأن المستأجر الذي يسبق غيره في إبرام الإيجار يكون قد تملك المنفعة ، وبذلك يكون الإيجار الصادر بعد ذلك من المؤجر تصرفاً في ملك الغير .

وفي نصوص الفقه الاسلامي ما يدعو الى الأخذ بهذا الحل . فقد نصت المادة ٥٨٩ من المجلة في هذا الصدد على أنه « لو أجز أحد ماله على مدة معلومة لآخر بإجارة لازمة ثم أجرة أيضاً تلك المدة تكراراً لغيره لا تنفذ ولا تنفذ الإجارة الثانية ولا تعتبر » .

أنظر أيضاً المادة ٥٨٨ من مجلة الأحكام الشرعية .

(مادة ٥٧٠)

إذا ترتب على عمل من جهة حكومية ، ولو في حدود القانون ، نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة ، جاز للمستأجر بحسب الأحوال أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة ، ما لم يكن عمل الجهة الحكومية لسبب يرجح اليه . وله أن يطالب المؤجر بالتعويض إذا كان عمل الجهة الحكومية قد صدر بسبب يكون المؤجر مسؤولاً عنه .

هذه المادة تقابل المادة ٥٧٤ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« إذا ترتب على عمل من جهة حكومية في حدود القانون نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة جاز للمستأجر تبعا للظروف أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة ، وله أن يطالب المؤجر بتعويضه إذا كان عمل الجهة الحكومية قد صدر بسبب يكون المؤجر مسؤولاً عنه ، كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - استبدلت عبارة « أو في حدود القانون » بعبارة « في حدود القانون » ، لكي يوضح أن الحكم واحد سواء كان عمل الجهة الحكومية موافقاً للقانون أو مخالفاً له .

٢ - على أنه إذا وقع التعرض للمأوى بسبب لا يه للـمستأجر فيه ، وكان هذا التعرض من الجسامة بحيث يحرم المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، جاز له بحسب الأحوال أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة .

هذه المادة تطابق المادة ٥٧٥ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « دعاوى الحيازة » في الفقرة الأولى بعبارة « دعاوى وضع اليد » ، واستبدال عبارة « بحسب الأحوال » في الفقرة الثانية بعبارة « تبعا للظروف » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٧٩ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٧٥٥ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا غصب المأجور ولم يتمكن المستأجر من رفع يد الغاصب ، جاز له أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة . »

٢ - فإذا قصر في رفع يد الغاصب وكان ذلك ممكناً له ، ولم ينذر المؤجر بوقوع الغصب ، فلا تسقط عنه الأجرة . وله أن يرفع على الغاصب الدعوى بالتعويض . »

أنظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٧٤) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥١٦ - ٥١٨

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامي .

فقد نصت المادة ٦٣٤ من مرشد الحيران على أنه « إذا عرض في مدة الإجارة ما يمنع من الانتفاع بالعين المؤجرة ، بأن غصبت الدار المستأجرة منه ولم يتمكن بأي وسيلة كانت من رفع يد الغاصب ، سقطت الأجرة عن المستأجر ، ولو عرض ذلك في بعض المدة سقطت الأجرة بقدره » . ونصت المادة ٦٣٥ على أنه « إذا قصر المستأجر في رفع يد الغاصب ، وكان ذلك ممكناً ، فلا تسقط عنه الأجرة ، ولو أمكنه ذلك باتفاق مال لا يلزمه ذلك وتسقط عنه الأجرة » .

ونصت المادة ٢٥٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة على أنه « يسقط الأجر في الإجارة بالغصب إن فأت المتفعة » . وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن الإجارة على قول تنفسخ بالغصب ، فإذا زال الغصب قبل انقضاء المدة فلا يستوفى المستأجر ما بقي من المدة ولا أجر عليه . وعلى قول آخر أنها لا تنفسخ بالغصب ، فإذا زال الغصب قبل انقضاء المدة استوفى المستأجر ما بقي من المدة وعليه الأجر بحسابه .

أنظر أيضاً المادة ٥٦٥ من مجلة الأحكام الشرعية .

(مادة ٥٦٩)

١ - إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة ، فضل من سبق منهم الى إثبات تاريخ عقده . فإذا لم يكن عقد أي منهم ثابت التاريخ ، فضل من سبق الى وضع يده وهو حسن النية .

٢ - وإذا لم يوجد سبب لتفضيل أحد المستأجرين ، فليس لهم فيما تعارضت فيه حقوقهم الا طلب التعويض .

وتقابل المادة ٦٨٩ من التقنين الأردني التي تطابق المادة ٥٧٨ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المادة ٥٨٤ من التقنين الكويتي التي تتفق في حكمها مع المادة ٥٧٨ من التقنين المصري الحالي .

وقد رُئي الأخذ في المادة المقترحة بما يخالف ما هو مستقر في الفقه من جواز الاتفاق على زيادة ضمان التعرض أو انقاصه أو إسقاطه على نحو يكون الحكم فيه مطلقاً . فلا يجوز الاتفاق على زيادة ضمان التعرض . ولا يجوز الاتفاق على انقاص هذا الضمان أو إسقاطه ، سواء تعمد المؤجر إخفاء سبب التعرض أو لم يتعمد ذلك . ويكون المؤجر مسئولاً عن أي تعرض سواء نشأ هذا التعرض من فعله أو نشأ من فعل الغير وكان مبنياً على سبب قانوني ، وسواء كان المستأجر يعلم وقت الإيجار سبب التعرض أو لا يعلمه .

وذلك على نسق ما أخذ به المشروع في البيع في المادة ٤١٣ . واتساقاً مع ما قرره المشروع في المادة ٢٢٩ منه التي تنص على ما يأتي :

« ١ - لا يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعاً القوة القاهرة . »

٢ - وكذلك لا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى . »

وقد رأينا أن ما جاء في المادة ٢٢٩ من المشروع روعي فيه مبدأ أساسي في الشريعة الإسلامية ، هو ما جاء في الآية الكريمة : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، مما لا يسوغ معه أن يتفق مقدماً على إعفاء المدين من المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه مقدماً على زيادة مسؤولية المدين والإعفاء منها .

وهذا المبدأ الشرعي هو الذي روعي أيضاً في حكم المادة المقترحة ، كما سبق أن روعي في البيع (أنظر تفصيلاً لذلك في المذكرة الإيضاحية للمادة ٤١٣ من المشروع) .

وما تقضي به الفقرة الثانية من المادة المقترحة يتفق مع القواعد العامة . فلا يمنع علم المستأجر بسبب التعرض من وجوب الضمان على المؤجر . إذ إن المستأجر قد يعتقد أن المؤجر سيدفع تعرض الغير الذي يدعى حقاً يتعارض مع حق المستأجر . فإذا لم يتحقق ما يعتقد المستأجر ، رجع بضمان التعرض على المؤجر .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي في خصوص البيع (م ٤٩٢ و ٤٩٤ من مرشد الحيران) . وقياساً على ذلك جاء حكم المادة المقترحة ، إذ أن الإيجار في حقيقته ينطوي على بيع للمنفعة ، وهو ما يقول به الفقه الإسلامي .

هذا ، وفي نصوص الفقه الإسلامي ما ينفي جواز الاتفاق على تعديل أحكام الضمان . فقد جاء في المغني لابن قدامة (ج ٥ ص ٣٩٦ مسألة ٤٢٣٠) ما يأتي : « فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد ، لأنه يناقض مقتضى العقد ، ولأن ما لا يجب ضمانه لا يصير الشرط مضموناً ، وما يجب ضمانه لا ينتفى ضمانه بشرط فيه » .

كما نصت المادة ٤٧٥ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أن « المستأجر أمين فيما وضع يده عليه بمقتضى

٢ - أضيف ما يفيد أن المستأجر لا يحق له أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة إذا كان عمل الجهة الحكومية لسبب يرجع إليه .

٣ - استبدلت عبارة « بحسب الأحوال » بعبارة « تبعاً للظروف » . واستبدلت كلمة « بالتعويض » بكلمة « بتعويضه » .

٤ - حذفت العبارة الأخيرة التي تقول : « كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » . وذلك لأن المشروع لا يجيز الاتفاق على ما يخالف أحكام ضمان التعرض .

وحكم المادة المقترحة فيما يتعلق بحق المستأجر في طلب الفسخ أو انقاص الأجرة يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي إذا عرض ما يمنع من الانتفاع بالعين المؤجرة ، كما هو الحال إذا غصبت العين ، حيث تسقط الأجرة عن المستأجر خلال المدة التي يقوم فيها هذا العارض ، كما يجوز له أن يطلب الفسخ : أنظر في هذا : المادتين ٦٣٤ و ٦٣٥ من مرشد الحيران والمادة ٢٥٤ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة ، وما جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة الأخيرة ، وقد تقدم ذكر كل ذلك .

أما انتفاء حق المستأجر في طلب الفسخ أو انقاص الأجرة إذا كان عمل الجهة الحكومية لسبب يرجع إليه ، وثبوت حقه في طلب التعويض من المؤجر إذا كان عمل الجهة الحكومية لسبب يسأل عنه المؤجر ، فيتفق مع قواعد الشرع في باب الضمان بالتسبب .

وانظر أيضاً المادة ٥٥١ من مجلة الأحكام الشرعية .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٨٦ من التقنين الكويتي التي تتفق في حكمها مع المادة ٥٧٤ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المادة ٦٩٨ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا صدر عن السلطات المختصة ما يمنع الانتفاع الكلي بالمأجور دون سبب من المستأجر تنفسخ الإجارة وتسقط الأجرة من وقت المنع . »

٢ - وإذا كان المنع يخل بنفع بعض المأجور بصورة يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة للمستأجر فسخ العقد ويسقط عنه الأجر من وقت قيامه بإعلام المؤجر » .

(مادة ٥٧١)

١ - لا يجوز للمتعاقد أن يتفقا على زيادة ضمان التعرض أو انقاصه أو إسقاطه .

٢ - ولا يمنع علم المستأجر بسبب التعرض من وجوب الضمان على المؤجر .

هذه المادة تقابل المادة ٥٧٨ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« يقع باطلاً كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب إذا كان المؤجر قد أخفى عن غيره سبب هذا الضمان » .

وتقابل المادة ٧٥٩ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٥٧٨ من التقنين المصري الحالي .

الاجارة ، فلا يضمنه اذا ضاع او تلف الا اذا كان الضياع او التلف بسبب التفريط او التعدي ، فان شرط الضمان عليه ابتداء فسد عقد الاجارة » .

انظر ايضا المادة ٥٤٤ من مجلة الاحكام الشرعية .

(مادة ٥٧٢)

١ - يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها ، او تنقص من هذا الانتفاع انقاصا كبيرا ، ولكنه لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها . وهو مسئول كذلك عن خلو العين من صفات تعهد صراحة بتوافرها ، او خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها .

٢ - ومع ذلك لا يضمن المؤجر العيب اذا كان المستأجر يعلم به وقت التعاقد ، او كان يستطيع ان يتبينه لو انه فحص العين بعناية الرجل العادي ، الا اذا اثبت المستأجر ان المؤجر قد اكد له خلو العين من هذا العيب .

الفقرة الاولى من هذه المادة تتفق في حكمها مع الفقرة الاولى من المادة ٥٧٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها ، او تنقص من هذا الانتفاع انقاصا كبيرا ، ولكنه لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها . وهو مسئول عن خلو العين من صفات تعهد صراحة بتوافرها ، او عن خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها . كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » .

وقد ادخلت على هذه الفقرة تعديلا لفظيا ، وذلك باضافة كلمة « كذلك » بعد عبارة « وهو مسئول » ، وحذف حرف « عن » قبل عبارة « خلوها من صفات » . كما حذفت منها عبارة « كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » ، لان هذا الحكم سيرد في مادة تالية .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٥٧٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « ومع ذلك لا يضمن المؤجر العيب اذا كان المستأجر قد اخطر به او كان يعلم به وقت التعاقد » . وقد كان النص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٧٦) يتضمن في نهايته العبارة الآتية « وكذلك لا يضمن المؤجر العيب اذا كان سهل على المستأجر ان يتحقق من وجوده الا اذا اعان المؤجر خلو العين من هذا العيب » . ولكن حذفت هذه العبارة في جلسة مجلس الشيوخ بحجة انها تتناول مسألة تفصيلية روى ان في القواعد العامة ما يغني عن تنظيمها بحكم خاص (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥١٩ و ٥٢١ و ٥٢٢) . والواقع ان هذه العبارة كانت تنص على شرط الخفاء الواجب توافره في العيب الذي يضمنه المؤجر . ولذلك روى ان يضاف في الفقرة الثانية من المادة المقترحة ما يتضمن هذا الشرط ، على غرار مانص عليه في عقد البيع (انظر م ٤١٤ من المشروع ، وهي تطابق م ٤٤٧ من التقنين الحالي) .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادتين ٧٥٦ و ٧٥٧ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٨٦ من التقنين الأردني ، فيما عدا ان هذا التقنين لا ينص على مسئولية المؤجر عن خلو العين من صفات تعهد بتوافرها او خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٨٢ من التقنين الكويتي ، فيما عدا ان هذا التقنين لا ينص على مسئولية المؤجر عن خلو العين من صفات تعهد بتوافرها او خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها .

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٧٥ و ٧٧٦) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٢٠ و ٥٢١ .

وفي الفقه الاسلامي في خصوص العيب نصت المادة ٥١٣ من المجلة على انه « في الاجارة ايضا خيار العيب كما في البيع » . ونصت المادة ٥١٤ على ان « العيب الموجب للخيار في الاجارة هو ما يكون سببا لفوات المنافع المقصودة بالكلية واخلالها ... » . ونصت المادة ٥١٥ على انه « لو حدث في المأجور عيب قبل استيفاء المنفعة فانه كالموجود في وقت العقد » .

وانظر كذلك : م ٦٢٩ و ٦٣٠ من مرشد الحيران ، وم ٦٨٢ - ٦٨٧ من مجلة الاحكام الشرعية .

(مادة ٥٧٣)

١ - اذا وجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان ، جاز للمستأجر ان يطلب اصلاح العيب او ان يقوم هو باصلاحه على نفقه المؤجر ، وفقا لاحكام المادة ٥٦٢ . وذلك دون اخلال بحق المستأجر في طلب فسخ العقد او انقاص الاجرة ، مع التعويض ان كان له مقتضى .

٢ - واذا لحق المستأجر ضرر من العيب انتمز المؤجر بتعويضه ، ما لم يثبت انه كان يجهل وجود العيب .

٣ - واذا كانت نفقات اصلاح العيب باهظة لا تتناسب مع الاجرة ، سرت احكام الفقرة الثالثة من المادة ٥٦٢ .

هذه المادة تقابل المادة ٥٧٧ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - اذا وجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان ، جاز للمستأجر تبعا للظروف ان يطلب فسخ العقد او انقاص الاجرة ، وله كذلك ان يطلب اصلاح العيب او ان يقوم هو باصلاحه على نفقة الاجرة ، سرت احكام الفقرة الثالثة من المادة ٥٦٢ .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - عدل ترتيب ما يحق للمستأجر ان يطالب به عند وجود عيب . فبدأ نص الفقرة الاولى بحق المستأجر في ان يطلب اصلاح العيب

(مادة ٥٧٤)

يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان العيب أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان المؤجر قد تعمد إخفاء العيب في العين المؤجرة غشا منه .

هذه المادة تقابل المادة ٥٧٨ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« يقع باطلا كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب ، إذا كان المؤجر قد أخفى عن شئ سبب هذا الضمان » .

وتقابل المادة ٧٥٩ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٥٧٨ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المادة ٦٨٩ من التقنين الأردني التي تطابق المادة ٥٧٨ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المادة ٥٨٤ من التقنين الكويتي التي تتفق في حكمها مع المادة ٥٧٨ من التقنين المصري الحالي .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع حكم التقنين الحالي والتقنينات العربية المشابهة اليها ، وهو ما يؤخذ بمفهوم المخالفة من النصوص المذكورة . وذلك وفقا لما هو مقرر في البيع (انظر م ٤٢٠ من المشروع) .

وهذا الحكم يقاس على ما هو مقرر في الفقه الاسلامي بالنسبة الى خيار العيب في البيع (انظر المذكرة الايضاحية للمادة ٤٢٠ من المشروع) .

(مادة ٥٧٥)

١ - يجب على المستأجر الوفاء بالأجرة في التواريخ المتفق عليها . فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب الوفاء بها في التواريخ التي يعينها عرف الجهة .

٢ - ويكون الوفاء بالأجرة في موطن المستأجر ، منهم من هناك اتفاق أو عرف يقتضي بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٦ من التقنين الحالي ، مع تعديلات لفظية بسيطة .

ويقع على عاتق المستأجر التزامات أربعة هي بحسب الترتيب الذي أتبعه التقنين الحالي ، التزامه بأن يستعمل العين المؤجرة بحسب ما أعدت له ، وبأن يتحمل من العناية في استعمالها وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص العادي ، وبأن يفي بالأجرة ، وبأن يرد العين الى المؤجر عند انتهاء الإيجار .

وقد رثي مخالفة الترتيب الذي أتبعه التقنين الحالي والبيد بالالتزام بالوفاء بالأجرة ، لأنه الالتزام الرئيسي الذي يغلب أن يواجهه المستأجر منذ البداية ، ولأن الالتزامات الأخرى يحسن أن ينص عليها متصلة لافصل بينها ، إذ أن كل التزام منها يؤدي الى الالتزام الذي يليه .

أو أن يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجر ، لأن التنفيذ العيني هو الأصل .

٢ - نص على أن يكون التنفيذ العيني وفقا لاحكام المادة ٥٦٢ . حيث تنطبق هذه الاحكام ، كما هو الشأن في حالة الإخلال بالالتزام بالتسليم وفي حالة الترميمات الضرورية للانتفاع .

٣ - نص على إمكان التعويض عند طلب الفسخ أو انقاص الأجرة .

٤ - أضيفت فقرة ثالثة ، بغية افرادها لبيان الحكم إذا كانت نفقات إصلاح العيب باهظة لا تتناسب مع الأجرة . وبذلك يتوحد الحكم في حالات ثلاث ، هي حالة الإخلال بالالتزام بالتسليم ، وحالة الترميمات الضرورية للانتفاع ، وحالة العيب . فلي هذه الحالات جميعها إذا كانت نفقات الإصلاح أو الترميم باهظة لا تتناسب مع الأجرة ، يعفى المؤجر من التنفيذ العيني ، ولا يكون للمستأجر الا طلب الفسخ أو انقاص الأجرة مع التعويض أن كان له مقتضى .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٥٨٢ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٧٥٨ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا وجد بالمأجور عيب يشق معه الضمان ، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة .

٢ - فإذا لحق للمستأجر ضرر من العيب التزم المؤجر بتعويضه مالم يثبت أنه كان يجهل وجود العيب » .

وتقابل المادة ٦٨٧ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « إذا ترقب على العيب حرمان المستأجر من الانتفاع بالمأجور جاز له أن يطالب بالفسخ أو انقاص الأجرة مع ضمان ما يلحقه من ضرر » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي (م ٧٧٧) في مجموع الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٢٣ .

وفي الفقه الاسلامي ، فيما يتعلق بضمان العيب ، نصت المادة ٥١٦ من المجلة على أنه « لو حدث في المأجور عيب فالمستأجر بالخيار ان شاء استوفى المنفعة مع العيب وأعطى تمام الأجرة وان شاء فسخ الاجارة » . ونصت المادة ٥١٧ على أنه « ان أزال الآجر العيب الحادث قبل فسخ المستأجر الاجارة لا يبقى للمستأجر حق الفسخ وان أراد المستأجر التصرف في بقية المدة فليس للآجر منعه أيضا » .

انظر كذلك المادة ٦٢٩ من مرشد الحيران والمادتين ٣٣٦ و ٣٣٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة ، والمادة ٦٨٣ من مجلة الاحكام الشرعية .

وتتفق حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة مع قواعد الشرع في إيفاء الضمان بالتسبب .

وما تقتضي به الفقرة الثالثة من المادة المقترحة من إعفاء المؤجر من التنفيذ العيني إذا كانت نفقات الإصلاح باهظة لا تتناسب مع الأجرة إنما هو حكم عادل يقره الشرع الاسلامي . وينهض به قوله سبحانه وتعالى : « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » .

ولامقابل لها في التقنين العراقي . ولكن المنقولات الموجودة فعلا في العين المؤجرة تكون مثقلة بحق امتياز المؤجر (م ١٣٧٤ مدني عراقي) .

ولا مقابل لها في التقنين الأردني . ولكن المنقولات الموجودة فعلا في العين المؤجرة تكون مثقلة بحق امتياز المؤجر (م ١٤٣٧ مدني أردني) .

وفي الفقه الإسلامي ينبغي ان يحبس المبيع الى ان يؤدي المشتري جميع الثمن (م ٢٧٨ من المجلة وم ٤٥٤ من مرشد الحيران) . وقياسا على ذلك للمؤجر ان يحبس المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ضمانا للحقوق التي تثبت له بمقتضى عقد الايجار ، وهو ما تقضي به المادة المقترحة على التفصيل المذكور فيها .

هذا ، وقد رئي حذف المادة ٥٨٨ من التقنين الحالي التي توجب على المستأجر ان يضع منقولات في العين المؤجرة تضمن الاجرة عن سنتين او عن دل مدة الايجار اذا فلت عن سنتين ، نظرا الى ان هذا الحكم لا يتفق مع الواقع العملي في مجتمعنا . فقد لا يكون لدى المستأجر من المنقولات ما يدعى لتوفير هذا الضمان ، مما لا يسوغ معه طلب الحكم بانزاهه بوضعها . الامر الذي ادى الى اختلاف الفقه في جواز هذه المطالبة . وقد لا يقتضي عمل المستأجر ان يضع منقولات كافية للوفاء بالاجرة الواجب تأمينها ، لو كانت العين المؤجرة مكتبا لسمسار او للمقاولات او للاستيراد والتصدير .

(مادة ٥٧٨)

يلتزم المستأجر بان يستعمل العين المؤجرة على النحو المتفق عليه ، فان لم يكن هناك اتفاق التزم بان يستعمل العين بحسب ما اعدت به ووفقا لما جرى به العرف .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٥٧٩ من التقنين الحالي التي تنص على ان « يلتزم المستأجر بان يستعمل العين المؤجرة على النحو المتفق عليه ، فان لم يكن هناك اتفاق التزم ان يستعمل العين بحسب ما اعدت له » .

وقد اضيفت الى هذا النص عبارة « ووفقا لما جرى به العرف » لتوضيح الحكم .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٧٦٢ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٩٣ من التقنين الأردني .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٨٩ من التقنين الكويتي .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامي .

فقد نصت المادة ٤٢٦ من المجلة على ان « من استحق منفعة معينة بعقد الاجارة له ان يستوفي عينها او مثلها او مادونها ، ولكن ليس له ان يستوفي ما فوقها . مثلا لو استأجر الحداد حائوتا على ان يعمل فيه له ان يعمل فيها صنعة مساوية في الضرر لصناعة الحداد ، ولكن ليس لمن استأجر حائوتا للطيارة ان يعمل فيه صنعة الحداد (وفي هذا المعنى ايضا المادة ٦٤٠ من مرشد الحيران) . ونصت المادة ٥٢٧ على انه « يصح استئجار الدار والحائوت مع عدم بيان كونه لاي

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٤٦٩ من المجلة على ان « تلزم الاجرة باستيفاء المنفعة » . ونصت المادة ٤٧٠ على ان « تلزم الاجرة في الاجارة الصحيحة بالاقتدار على استيفاء المنفعة » . ونصت المادة ٤٧٦ على انه « ان كانت الاجرة مؤقتة بوقت معين كاشهرية او سنوية يلزم ايفاؤها عند انقضاء ذلك الوقت » . ونصت المادة ٤٧٣ على ان « يعتبر ويراعى كل ما اشترطه العاقدان في تعجيل الاجرة وتأجيلها » . انظر ايضا المادة ٦٦٨ من مجلة الاحكام الشرعية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٥٨٦ من التقنين الكويتي .

وتقابل المواد ٧٦٥ - ٧٧٠ من التقنين العراقي .

وتقابل المواد ٦٦٥ - ٦٦٨ من التقنين الأردني .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٨٦) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٤١ .

(مادة ٥٧٦)

الوفاء بقسط من الاجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط ، حتى يقوم الدليل على عكس ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٧ من التقنين الحالي .

والسند الشرعي لها هو القاعدة الشرعية التي تقضي بان العادة محكمة . حيث جرت العادة على ان المستأجر لا يفي بقسط من الاجرة الا اذا كان قد اوفى بالأقساط السابقة على هذا القسط . وعلى أساس هذه العادة اقام اشارع القرينة المنصوص عليها .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٦٩ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٨٧ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٨٧) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٤٣ .

(مادة ٥٧٧)

١ - يكون للمؤجر ، ضمانا لكل حق يثبت له بمقتضى عقد الايجار ، ان يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة في العين المؤجرة مادامت مثقلة بامتياز المؤجر . ولو لم تكن مملوكة للمستأجر . وللمؤجر الحق في ان يمنع في بينها ، طالما نقلت رغم معارضته اودون عمه ، كان له الحق في استردادها من الحائز لها ولو كان حسن النية ، مع علم الاخلال بما يكون لهذا الحائز من حقوق .

٢ - وليس للمؤجر ان يستعمل حقه في الحبس او في الاسترداد اذا كان نقل هذه الاشياء امرا منفصلا حرفة المستأجر او الحائز من شئون الحياة ، او كانت المنقولات التي تركت في العين المؤجرة او التي تم استردادها تفي بضمنان الاجرة وفاء تالما .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٩ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٥٨٨ من التقنين الكويتي .

٢ - فإذا كان تدخل المؤجر لازماً لاتمام شيء من ذلك ، جاز للمستأجر أن يقتضى منه هذا التدخل ، على أن يتكفل بما يتفق عليه المؤجر .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨١ من التقنين الحالي ، مع اضافة عبارة « والتلفزيون واجهزة التكييف » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٩١ من التقنين الكويتي .

ويتفق حكم المادة اقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامي . أنظر في ذلك المادة ٥٢٨ من المجلة ، والمادة ٢٨١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة ، وقد تقدم ذكرهما .

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة للمواد ٥٧٨ - ٥٨٠ من المشروع في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٧٩ - ٧٨١) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٣١ .

(مادة ٥٨١)

١ - يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص العادي .

٢ - وهو مسئول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف او هلاك ، ما لم يكن هذا التلف او الهلاك ناشئاً عن استعمالها استعمالاً مألوفاً او راجعاً الى سبب لا يد له فيه .

هذه المادة تقابل المادة ٥٨٣ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد . »

٢ - وهو مسئول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف او هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً مألوفاً . »

وقد استبدلت في الفقرة الاولى من هذه المادة عبارة « الشخص العادي » بعبارة « الشخص المعتاد » .

وعُدلت الفقرة الثانية باضافة ما يفيد رفع المسؤولية عن المستأجر اذا كان تلف العين أو هلاكها راجعاً الى سبب لا يد له فيه ، حتى يشمل الحكم . وقد كانت هذه الفقرة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٨٣ / ٢) تتضمن عبارة بهذا المعنى ، ولكنها حذفت اكتفاءً بمرور حكمها في المادة الخاصة برد العين المؤجرة .

واتساقاً مع هذه الاضافة فقد راعى المشروع في المادة ٥٨٦ منه ، وهي المقابلة للمادة ٥٩١ من التقنين الحالي ، أن ينص على الحكم ذاته عند رد العين المؤجرة الى المؤجر في نهاية الاجار . فسواء في أثناء انتفاع المستأجر بالعين أو عند ردها الى المؤجر في نهاية الاجار ، فإن المسؤولية عن تلف العين أو هلاكها تترفع عن المستأجر اذا كان ما أصاب العين ناشئاً عن استعمالها استعمالاً مألوفاً أو كان راجعاً الى سبب لا يد له فيه (انظر المذكرة الايضاحية للمادة ٥٨٦ من المشروع) .

شيء ، وأما كيفية استعماله فتصرف الى العرف والعادة . وجاء في المادة ٥٢٨ : « وأما في خصوص ربط الدواب فعرف البلدة وعاداتها معتبر (استئجار الدار) ، وحكم الحانوت على هذا الوجه » .

انظر أيضاً المادة ٥٨٦ : ٦٢٣ ، ٧٢١ ، ٧٢٢ من مجلة الاحكام الشرعية .

فالمادة ٥٨٦ تنص على أنه « ليس للمستأجر أن يخالف في استيفاء المنفعة على اوجه المذموم في العقد مثلاً لو استأجر الأرض للغرس أو للبناء ليس له فعل الآخر » .

والمادة ٦٢٣ تنص على أنه « تصح اجارة الدار والحانوت مع اطلاق العقد ، ولا يلتزم ذكر السكنى ولا صفة الانتفاع ويحمل على المتعارف وليس للمستأجر أن يعمل فيهما ما يضر بهما الا بشرط » .

والمادة ٧٢١ تنص على أنه « اذا خالف المستأجر في استيفاء المنفعة كان تعدياً فيضمن المأجور لو تلف » .

والمادة ٧٢٢ تنص على أنه « اذا استوفى المستأجر أكثر من النفع المعقود عليه كان متعدياً فيضمن المأجور لو تلف بذلك » .

(مادة ٥٧٩)

١ - لا يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة تغييراً بدون إذن المؤجر ، الا اذا كان هذا التغيير لا ينشأ عنه أي ضرر للمؤجر .

٢ - فإذا أحدث المستأجر تغييراً في العين المؤجرة مجاوزاً في ذلك حدود الالتزام الوارد في الفقرة السابقة ، جاز الزامه باعادة العين الى الحالة التي كانت عليها ، وبالتعويض ان كان له مقتضى .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٠ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٩٤ من التقنين الأردني .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٩٠ من التقنين الكويتي .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامي . انظر المادة ٤٢٦ من المجلة المذكورة تحت المادة السابقة وجاء في المادة ٥٢٨ ان « من استأجر داراً له ان يعمل فيها كل عمل لا يورث الوهن والضرر للبناء الا باذن صاحبها » . ونصت المادة ٢٨١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة على ان « ليس للمستأجر أن يعمل ما يوهن البناء أو يضره ، وما ليس كذلك يجوز له بمقتضى العقد » .

(مادة ٥٨٠)

١ - يجوز للمستأجر أن يضع بالعين المؤجرة اجهزة لتوصيل المياه والنور والكهربائي والغاز والتليفون والراديو والتليفزيون واجهزة التكييف وما الى ذلك مادامت الطريقة التي توضع بها هذه الاجهزة لاتخالف الاصول المرعية ، وذلك ما لم يثبت المؤجر أن وضع هذه الاجهزة يهدد سلامة العقار .

(مادة ٥٨٣)

يلتزم المستأجر بإجراء الترميمات التأجيريه التي يقضى بها العرف
او يقتضيها استعمال العين المؤجرة استعمالا مألوفاً ، ما لم يكن هناك
اتفاق على غير ذلك .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٥٨٢ من التقنين الحالي التي
تنص على أن « يلتزم المستأجر بإجراء الترميمات التأجيريه التي يقضى
بها العرف ، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك » .

وقد أضيفت إلى هذا النص حالة ما اذا كانت الترميمات التأجيريه
وهي الترميمات البسيطة ، يقتضيها استعمال العين المؤجرة استعمالا
مألوفاً ، وذلك لاستعمال الحزم . فلو ما يرجع إليه في تحديد هذه
الترميمات هو العرف ، فاذا لم يوجد عرف ، اعتبرت الترميمات تأجيريه
اذا كانت الحاجة إليها قد نشأت من استعمال العين استعمالا مألوفاً .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٥٩٤ من التقنين الكويتي .
وتتفق في حكمها مع المادة ٦٩٥ من التقنين الاردني .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامي . فهذا الفقه
يفرق بين الترميمات الضرورية للانتفاع فيجعلها على المؤجر وبين الترميمات
التأجيريه البسيطة فيجعلها على المستأجر . وهذه التفرقة واضحة في
نص المادة ٥٢٠ من مجلة التي تقدم ذكرها في التعليق على المادة ٦١١
من المشروع . كما نصت المادة ٥٢٢ من المجلة على أن « اراله التراب
والزبل الذي يتراكم في مدة الاجارة وانظهير على المستأجر » .

وفي هذا المعنى أيضا المادتان ٦٣٨ و ٦٣٩ من مرشد الحيران
والمادتان ٥٧٥ ، ٥٧٦ من مجلة الأحكام الشرعية .

(مادة ٥٨٤)

١ - المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة ، الا اذا أثبت ان
الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه .

٢ - فاذا تعدد المستأجرون لعقار واحد ، كان كل منهم مسئولا عن
الحريق بنسبة الجزء الذي يتسغله ، ويتناول ذلك المؤجر ان كان مقيما
في العقار . هذا ما لم يثبت أن النار ابتدأ شوبها في الجزء الذي
يتسغله أحد المستأجرين فيكون وحده مسئولا عن الحريق .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٤ من التقنين الحالي .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٦٠٣ من المجلة على أن « حركة
المستأجر على خلاف المعتاد تعد ويضمن الضرر والخسارة الذي يتولد
منها . مثلا لو استعمل الألبسة التي استكرها على خلاف عادة الناس
وبليت يضمن . كذلك لو احترقت الدار المأجورة بظهور حريق فيها
بسبب اشغال المستأجر النار أزيد من العادة وسائر الناس يضمن » .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٧٦٤ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٩٢ من التقنين الاردني .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٩٢ من التقنين الكويتي .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامي . فقد نصت
المادة ٦٣٧ من مرشد الحيران على أنه « يجب على المستأجر أن يعتنى بالعين
المؤجرة كاعتنائه بملكه ، ولا يجوز له أن يحدث بها تغييرا بدون اذن
مالكها » .

ونصت المادة ٦٠١ من المجلة على أنه « لا يلزم الضمان اذا تلف المأجور
في يد المستأجر ، ما لم يكن بتقصيره أو تعديه أو مخالفته لمأذونيته » .
ونصت المادة ٦٠٢ على أنه « يلزم الضمان على المستأجر لو تلف المأجور
أو طرا على قيمته نقصا بتعديه » . ونصت المادة ٦٠٤ على أنه
« لو تلف المأجور بتقصير المستأجر في امر المحافظة أو طرا على قيمته
تضمن يلزم الضمان » .

ونصت المادة ٤٧٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب
الامام مالك على أن « المستأجر والأجير كل منهما أمين فيما وضع يده عليه
بعقد الاجارة ، فلا يضمنه اذا ضاع أو تلف الا اذا كان الضياع أو
التلف بسبب التفريط أو التعدي ، فان شرط الضمان على احدهما ابتداء
فسد عقد الاجارة الا اذا اسقط الشرط قبل انتهاء العمل » . وجاء في
المذكرة الايضاحية لهذه المادة ما يأتي : « وانما كان شرط الضمان على
احدهما ابتداء ففسدا لعقد الاجارة لانه مناقض لمقتضى العقد ، وهو أن
كلا من المستأجر والأجير أمين لا يضمن الا بالتفريط أو التعدي » .

أنظر في هذا : شرح مجموع الأمير ج ٢ ص ٢٣١ . الشرح الكبير
وحاشيته ج ٤ ص ٢٢ و ٢٣ .

وأنظر أيضا المادة ٥٤٤ من مجلة الأحكام الشرعية .

(مادة ٥٨٣)

يجب على المستأجر أن يبادر الى اخطار المؤجر بكل أمر يستوجب
تدخله ، كان تحتاج العين الى ترميمات مستعجلة ، او ينكشف عيب بها ،
او يقع اغتصاب عليها ، او يعتدى اجنبى بالتعرض لها ، او باحداث
ضرر بها .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٥ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٥٩٣ من التقنين الكويتي .

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن الزام المستأجر باخطار المؤجر
في الحالات المذكورة مما يملكه ولي الأمر تحقيقا لمصلحة شرعية معتبرة
هي المحافظة على حقوق كل منهما ، اذ ان هذا الاخطار يتيح للمؤجر
أن يتدخل في الوقت المناسب لدفع ما يهدد سلامة العين أو يؤدي الى
ضياع الحق فيها .

(مادة ٥٨٥)

يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة عند انتهاء الإيجار ، فإذا أبقاها تحت يده دون حق كان ملزماً أن يدفع للمؤجر تعويضاً يراعى في تقديره القيمة الإيجارية للعين وما أصاب المؤجر من ضرر .

هذه المادة تطابق المادة ٥٩٠ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٧٧١ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٧٠٨ من التقنين الأردني .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٩٥ من التقنين الكويتي .

وتنص في حكمها مع ما يقرره الفقه الاسلامي :

ففيما يتعلق بوجوب رد العين المؤجرة عند انتهاء الإيجار :

نصت المادة ٥٦١ من المجلة على أن « يلزم المستأجر دفع يده عن المأجور بعد انقضاء الإجارة » . ونصت المادة ٥٩٢ على أنه « ليس للمستأجر استعمال المأجور بعد انقضاء الإجارة » . ونصت المادة ٥٩٣ على أنه « لو انقضت الإجارة وانراد الأجر قبض ماله يلزم المستأجر تسليمه إياه » .

ونصت المادة ٦٤١ من مرشد الحيزان على أنه « إذا انتهت مدة الإجارة وجب على المستأجر أن يفرغ الدار أو الحانوت المؤجرة ويسلمها لصاحبها ولا حاجة للتنبيه عليه بالتخليه » .

وفيما يتعلق بالتزام المستأجر بدفع القيمة الإيجارية للعين إذا أبقاها تحت يده دون حق بعد انتهاء الإيجار : نصت المادة ٦٤٣ من مرشد الحيزان على أنه إذا مضت مدة الإجارة وسكن المستأجر بعدها شهراً أو أكثر يلزمه أجر المثل فيه إن كانت الدار معدة للاستغلال أو كانت وفقاً أو لتيتم » .

ونصت المادة ٤٧٢ من المجلة على أن « من استعمل مال غيره من دون عقد وبلا إذن ، فإن كان معد للاستغلال تلزمه أجرة المثل » .

وفيما يتعلق بالتزام المستأجر بتعويض ما أصاب المؤجر من ضرر فإن هذا تقتضيه القواعد الشرعية في الضمان بالتسبب . وقد نصت المادة ٦٠٦ من المجلة على ما يأتي : « يبقى المأجور كالوديعة أمانة في يد المستأجر عند انقضاء الإجارة كما كان » . وعلى هذا لو استعمل المستأجر المأجور بعد انقضاء الإجارة وتلف يضمن ، كذلك لو طلب الأجر ماله عند انقضاء الإجارة من المستأجر ولم يعطيه إياه ثم بعد الامساك تلف يضمن » .

ففيما يتعلق بوجوب رد العين المؤجرة عند انتهاء الإيجار :

(مادة ٥٨٦)

١ - على المستأجر أن يرد العين بالحالة التي تسلمها عليها ، إلا ما يكون قد أصاب العين من تلف أو هلاك ناشئ عن استعمالها استعمالاً مألوفاً أو راجع إلى سبب لا يد له فيه .

٢ - فإذا كان تسليم العين للمستأجر قد تم دون كتابة محضر أو دون بيان بأوصاف هذه العين افتراض ، حتى يقوم الدليل على العكس ، أن المستأجر قد تسلم العين في حالة حسنة .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩١ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - على المسأجر أن يرد العين بالحالة التي تسلمها عليها ، إلا ما يكون قد أصاب العين من هلاك أو تلف بسبب لا يد له فيه .
٢ - فإذا كان تسليم العين للمستأجر قد تم دون كتابة محضر أو دون بيان بأوصاف هذه العين افتراض ، حتى يقوم الدليل على العكس ، أن المستأجر قد تسلم العين في حالة حسنة » .

وفقد عدلت أبقره الأولى من هذه المادة باضافة ما يفيد رفع المسؤولية عن المستأجر إذا كان تلف العين أو هلاكها ناشئاً عن استعمالها استعمالاً مألوفاً . وذلك لكي يتضح أن الحكم واحد في المادتين ٥٨١ و ٥٨٦ من المشروع ، وهما المقابلتان للمادتين ٥٨٣ و ٥٩١ من التقنين الحالي ، في خصوص مسؤولية المستأجر عما يصيب العين المؤجرة من تلف أو هلاك أثناء استعمالها أو عند ردها للمؤجر متى انتهت إيجارته ، بحيث ترتفع عنه المسؤولية في الحالتين إذا كان ما أصاب العين ناشئاً عن استعمالها استعمالاً مألوفاً أو كان راجعاً إلى سبب لا يد له فيه (انظر المذكرة الإيضاحية للمادة ٥٨٧ من المشروع) .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٧٧٢ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٥٩٢ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المادة ٧٠٠ من التقنين الأردني .

وتقابل المادة ٥٩٦ من التقنين الكويتي .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٦٠١ من المجلة على أنه « لا يلزم الضمان إذا تلف المأجور في يد المستأجر ، ما لم يكن بتقصيره أو تعدياً أو مخالفته لما ذؤنفته » . ونصت المادة ٦٠٢ على أنه « يلزم الضمان على المسأجر لو تلف المأجور أو طرا على قيمته نقصان بتعديده » . ونصت المادة ٦٠٤ على أنه « لو تلف المأجور بتقصير المسأجر في امر الإحاطة أو طرا على قيمته نقصان يلزم الضمان » . ونصت المادة ٦٠٦ على أن « يبقى المأجور كالوديعة أمانة في يد المسأجر عند انقضاء الإجارة كما كان ... » . وقد تقدم ذكر هذه المواد . انظر كذلك المادة ٤٧٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الإمام مالك ، وقد تقدم ذكرها .

أما الافتراض الذي تنص عليه الفقرة الثانية من المادة المقترحة ، فإنه يستند إلى ما جرت به العادة من كتابة محضر أو بيان بأوصاف العين المؤجرة عند التسليم ، والقاعدة الشرعية أن العادة محكمة .

(مادة ٥٨٧)

١ - إذا أحدث المستأجر في العين المؤجرة بناء أو غراساً أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد في قيمة العقار ، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفق في هذه التحسينات أو ما زاد في قيمة العقار ، ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢ - فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته ، كان له أن يطلب من المستأجر إزالتها ، وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن الضرر الذي يصيب العقار من هذه الإزالة .

٣ - وإذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات في مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما ، جاز للمحكمة أن تنظره إلى أجل ولو شاء بها .

وقد ادخلت على هذا النص التعديلات الآتية :

١ - عدلت الفقرة الأولى في صدرها تعديلا لفظيا ، حيث استبدلت عبارته « للمستأجر أن ينزل عن الإيجار أو يؤجر من الباطن » بعبارة « المستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن » .

٢ - أضيفت الى الفقرة الأولى حالة مستثناء من الحكم في عبارة « ما لم تكن شخصية المستأجر محل اعتبار » . وقد كان النص المقابل في المشروع التمهيدي يتضمن عبارة في هذا المعنى تجرى على الوجه الآتي : « وقد يستفاد هذا الاتفاق من الظروف » ، فحذفت في لجنة مجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٥٨ - ٥٦٠) . فإذا كانت شخصية المستأجر محل اعتبار عند التعاقد ، بأن أجر المؤجر العين للمستأجر لاعتبار شخصي فيه ، فلا يجوز للمستأجر أن ينزل عن الإيجار أو يؤجر من الباطن .

٣ - أضيفت الى الفقرة الأولى أيضا حالة مستثناء من الحكم ، حيث استبدلت عبارة « أو يقض نص أو اتفاق بغير ذلك » بعبارة « ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك » . وقد روعي في هذا التعديل أن القاسون الخاص بتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر لم يتقيد بالقاعدة الواردة في هذه الفقرة ، الأمر الذي اقتضى إضافة التحفظ الخاص بوجود نص مخالف .

٤ - استحدثت الفقرة الثانية من المادة المقترحة . وقد كانت المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٩٤) تتضمن فقرة تنص على حكمها ، ولكنها حذفت (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٥٨ - ٥٦٠) . فرؤى أن تضاف هذه الفقرة تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال الحق ، حيث لا يجوز للمؤجر أن يتعسف في التمسك بالشرط المانع من النزول عن الإيجار أو الإيجار من الباطن .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٧٧٥ من التقنين العراقي .
وتتفق في حكمها مع المادة ٥٩٩ من التقنين الكويتي .
وتقابل المادة ٧٠٢ - ٧٠٤ من التقنين الأردني .

وفي الفقه الاسلامي :

فيما يتعلق بحق المستأجر في النزول عن الإيجار أو الإيجار من الباطن ، نصت المادة ٥٨٦ من المجلة على أن « للمستأجر إيجار المأجور لآخر قبل القبض ان كان عقارا ، وان كان منقولا فلا » . ونصت المادة ٦٢٤ من مرشد الحيران على أن « للمستأجر أن يؤجر العين المؤجرة لغير مؤجرها بعد قبضها وقبله ان كانت عقارا ، وليس له اجارتيها قبل القبض بل بعده ان كانت منقولا » . ونصت المادة ٦٢٣ من مرشد الحيران على أنه « يجوز لمستأجر دار أو أرض أن يعيرها ويودعها ويؤجرها بمثل الأجرة التي استأجرها بها أو بأقل منها أو بأكثر لو كانت الأجرة الثانية من غير جنس الأولى ، فلو كانت من جنسها لا تطيب له الزيادة » .

هذه المادة تطابق المادة ٥٩٢ من التقنين الحالي ، مع تعديلات لفظية ، حيث استبدلت عبارة « اذا حدث » في بداية الفقرة الأولى بعبارة « اذا وجد » ، وحذفت عبارة « ان كان للتعويض مقتضى » في نهاية الفقرة الثانية ، واستبدلت كلمة « واذا » في بداية الفقرة الثالثة بكلمة « فاذا » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٧٧٤ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٧٠١ من التقنين الأردني .

وتقابل المادة ٥٩٨ من التقنين الكويتي .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٥٣١ من المجلة على أنه « لو أحدث المستأجر بناء في العقار المأجور أو غرس شجرة فالأجر مخير عند انقضاء مدة الإجارة ان شاء قلع البناء والشجرة وان شاء ابقاها واعلى قيمته كثيرة كانت أو قليلة » .

ونصت المادة ٦٥٩ من مرشد الحيران على أنه « اذا انقضت مدة الإجارة وكان المستأجر قد بنى في الأرض بناء أو غرس فيها اشجارا يؤمر بهدم البناء وقلع الأشجار الا ان يرضى المؤجر بتركهما في الأرض بإجارة أو اعارة فيكون البناء والشجر للمستأجر والأرض للمؤجر . فان تركهما باعارة للأرض يكون لهما أن يؤجرا الأرض والبناء لثالث ويتقسمان الأجرة على قيمة الأرض بلا بناء وعلى قيمة البناء بلا أرض فيأخذ كل منهما حصته » . ونصت المادة ٦٦٠ على أنه « اذا كان هدم البناء وقلع الشجر بضرا بالارض وينقص قيمتهما ونقضت مدة الإجارة فللمؤجر ان يملكهما جبرا على المستأجر وتقدر قيمتهما مستحقين للقلع قائمين بان تقوم الأرض بهما مستحقين الهدم والقلع وبدونهما فيضمن المؤجر ما بين القيمتين . وان كانت الأرض لا تنقص بقلعهما فلا يكون للمؤجر تملكهما بدون رضى المستأجر انما له أمر المستأجر بقلعهما من أرضه » .

(٣) النزول عن الإيجار والإيجار من الباطن

(مادة ٥٨٨)

١ - للمستأجر أن ينزل عن الإيجار أو يؤجر من الباطن ، وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ، ما لم تكن شخصية المستأجر محل اعتبار ، أو يقض نص أو اتفاق بغير ذلك .

٢ - واذا اشترط المؤجر ألا يكون النزول عن الإيجار أو الإيجار من الباطن إلا بموافقته ، فلا يجوز له أن يمتنع عن هذه الموافقة إلا لسبب مشروع .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٣ من التقنين الحالي التي تنص على أن « للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن ، وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك » .

وفيما يتعلق بعدم جواز النزول عن الإيجاز من الباطن إذا كانت شخصية المستأجر محل اعتبار ، نصت المادة ٥٨٧ من المجلة على أن « المستأجر إيجار مالم يتفاوت استعماله وانتفاعه باختلاف الناس لآخر » . ونصت المادة ٥٣٦ على أن « من استأجر ثيابا على أن يلبسها بنفسه فليس له أن يلبسها غيره » . ونصت المادة ٥٣٧ على أن « الحلى كاللباس » . ونصت المادة ٥٥١ على أن « الدابة التي استكرت على أن يركبها فلان لا يباح أركابها غيره ، وإن أركب ولف الحيوان يلزم الضمان » .

أما حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة فهو تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق التي نصت عليها المادة ٣٧ من المشروع واقتبست جميع ضوابطها من الفقه الإسلامي .

(مادة ٥٨٩)

١ - منع المستأجر من أن يؤجر من الباطن يقتضى منعه من النزول عن الإيجار ، وكذلك العكس .

٢ - ومع ذلك إذا كانت العين المؤجرة عقارا انشئ فيه مصنع أو متجر ، وأراد المستأجر أن يبيع هذا المصنع أو المتجر ، جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع أن تقضى بابقاء الإيجار إذا قدم المشتري ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٤ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - منع المستأجر من أن يؤجر من الباطن يقتضى منعه من التنازل عن الإيجار ، وكذلك العكس .

٢ - ومع ذلك إذا كان الأمر خاصا بإيجار عقار انشئ به مصنع أو متجر واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر المصنع أو المتجر ، جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع أن تقضى بابقاء الإيجار إذا قدم المشتري ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق . »
وقد ادخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - عدلت الفقرة الأولى تعديلا لفظيا ، وذلك باستبدال كلمة « النزول » بكلمة « التنازل » .

٢ - استبدلت في صدر الفقرة الثانية عبارة « ومع ذلك إذا كانت العين المؤجرة عقارا انشئ فيه مصنع أو متجر » بعبارة « ومع ذلك إذا كان الأمر خاصا بإيجار عقار انشئ به مصنع أو متجر » .

٣ - استبدلت في الفقرة الثانية عبارة « وأراد المستأجر أن يبيع هذا المصنع أو المتجر » بعبارة « واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر » . ومقتضى هذا التعديل أنه لا يشترط أن تقوم ضرورة تدعو إلى أن يبيع المستأجر مصنعه أو متجره . فقد يرى المستأجر أن يغير نوع النشاط الذي يمارسه . بل قد يكون المستأجر راغبا في البيع ابتغاء للكسب . وفي ذلك من التيسير مالا يسمح به النص الحالي . وكفى ما هناك من شروط تجعل المؤجر في مأمن من أي

ضرر . حيث يشترط أن يقدم المشتري ضمانا كافيا للمؤجر للقيام بالتزاماته الناشئة عن عقد الإيجار ، كما يشترط ألا يلحق المؤجر من نزول المستأجر عن الإيجار للمشتري ضرر محقق . وهذا هو الذي يجعل من تمسك المؤجر بالشرط المانع تعسفا في استعمال الحق . والسند الشرعي لحكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة هو ما حرت به العادة من أنه إذا وجد شرط يمنع من النزول عن الإيجار أو يمنع من التأجير من الباطن فالمفروض أن المتعاقدين قصدا أن يمنع الشرط من العملين معا ، وذلك بسبب عدم ادراك الفروق الدقيقة بين العملين .

أما حكم الفقرة الثانية فهو تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق التي نصت عليها المادة ٣٧ من المشروع واقتبست جميع ضوابطها من الفقه الإسلامي .

والمادة المقترحة تطابق المادة ١/٧٦١ من التقنين العراقي .

وتقابل المواد ٧٠٢ - ٧٠٤ من التقنين الأردني .

والفقرة الأولى منها تطابق المادة ٦٠٠ من التقنين الكويتي .

(مادة ٥٩٠)

في حالة النزول عن الإيجار يحل التنازل له محل المستأجر في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار . ومع ذلك يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٥ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « في حالة التنازل عن الإيجار يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته » .

وقد أضيف إلى هذا النص ما جاء في صدر المادة المقترحة من أنه « في حالة النزول عن الإيجار يحل التنازل له محل المستأجر في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار » . واقتضى هذا أن تضاف عبارة « ومع ذلك » قبل بقية المادة باعتبار أن ضمان المستأجر للمتنازل له في تنفيذ التزاماته خروج على القاعدة العامة في ضمان الدين الأصلي للمحال عليه في حوالة الدين .

وقد كانت المادة ٧٩٦ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي تجرى على نحو ما جاء في المادة المقترحة ، ولكن حذف الحكم الوارد في صدرها ، وهو الخاص بعلاقة التنازل له مع المؤجر ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة وأحكام الحوالة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٦٣ - ٥٦٥) .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٧٧ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٦٠١ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٩٦) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٦٤ .

والنزول عن الإيجار ينطوي على حوالة حق وحوالة دين .

وفي الفقه الإسلامي : انظر ما تقدم ذكره عن انتقال الالتزام في الفقه الإسلامي .

وليس للمالك قبضها من المستاجر الثاني الا اذا احواله المستاجر عليه او وكله بقبضها من المستاجر الثاني » .

اما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فالغرض منها حماية مصلحة شرعية معتبرة ، هي مصلحة المؤجر .

(مادة ٥٩٢)

تبرا ذمة المستاجر الاصلى قبل المؤجر ، سواء فيما يتعلق بضمانه المتنازل له في حالة النزول عن الايجار او فيما يتعلق بما يفرضه عقد الايجار الاصلى من التزامات في حالة الايجار من الباطن ، اذا صدر من المؤجر قبول صريح او ضمنى بالنزول عن الايجار او بالايجار من الباطن . ويعتبر قبولاً ضمناً من المؤجر قبضه الاجرة مباشرة من المتنازل له او من المستاجر من الباطن دون ان يبدى اى تحفظ في شأن حقوقه قبل المستاجر الاصلى .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« تبرا ذمة المستاجر الاصلى قبل المؤجر ، سواء فيما يتعلق بضمانه للمتنازل له في حالة النزول عن الايجار ام فيما يتعلق بما يفرضه عقد الايجار الاصلى من التزامات في حالة الايجار من الباطن :

(اولا) اذا صدر من المؤجر قبول صريح بالنزول عن الايجار او بالايجار من الباطن .

(ثانيا) اذا استوفى المؤجر الاجرة مباشرة من المتنازل له او من المستاجر من الباطن دون ان يبدى اى تحفظ في شأن حقوقه قبل المستاجر الاصلى » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - عدلت تعديلا لفظيا باستبدال عبارة « سواء فيما يتعلق بضمانه المتنازل له في حالة النزول عن الايجار » بعبارة « سواء فيما يتعلق بضمانه للمتنازل له في حالة النزول عن الايجار » .

٢ - استبدلت عبارة « اذا صدر من المؤجر قبول صريح او ضمنى بالنزول عن الايجار او بالايجار من الباطن » بالعبارة الواردة في الفقرة « اولا » التى تقول : « اذا صدر من المؤجر قبول صريح بالنزول عن الايجار او بالايجار من الباطن » . اذ ان قبول المؤجر قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمنا ، ولا يقتصر القبول الضمنى على حالة ما اذا استوفى المؤجر الاجرة مباشرة من المتنازل له او من المستاجر من الباطن دون ابداء اى تحفظ . فقد يستخلص القبول الضمنى من ظروف اخرى ، كما لو طالب المؤجر المتنازل له او المستاجر من الباطن بالاجرة دون ان يستوفىها ، او طالبه بدفع تعويض عن تلف اصاب العين .

٣ - النص على ان يعتبر قبولاً ضمناً من المؤجر قبضه الاجرة مباشرة دون ابداء اى تحفظ . وذلك توضيحا للأساس الذى يقوم عليه الحكم .

(مادة ٥٩١)

١ - في حالة الايجار من الباطن تبقى العلاقة بين المؤجر والمستاجر الاصلى خاضعة لاحكام عقد الايجار الاصلى . اما العلاقة بين المستاجر الاصلى والمستاجر من الباطن فتسرى عليها احكام عقد الايجار من الباطن .

٢ - ومع ذلك يكون المستاجر من الباطن ملزما بان يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا في ذمته للمستاجر الاصلى وقت ان ينذر المؤجر ولا يجوز ان يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الاجرة . للمستاجر الاصلى ، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الانذار وفقا للعرف او لاتفاق ثابت التاريخ تم وقت الايجار من الباطن .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - يكون المستاجر من الباطن ملزما بان يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا في ذمته للمستاجر الاصلى وقت ان ينذر المؤجر .

٢ - ولا يجوز للمستاجر من الباطن ان يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الاجرة للمستاجر الاصلى ، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الانذار وفقا للعرف او لاتفاق ثابت التاريخ تم وقت الايجار من الباطن » .

وقد اضيفت الى هذه المادة الفقرة الاولى من المادة المقترحة ، وجمع ما جاء فيها في فقرة واحدة هي الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

وما جاء في الفقرة الاولى من المادة المقترحة كانت تنص عليه المادة ٧٨٧ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالى ، ولكنها حذفت في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٦٣ - ٥٦٤) .

والمادة المقترحة تتفق في احكامها مع المادة ٧٧٦ من التقنين العراقى .

وتتفق في احكامها مع المادة ٦٠٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٧٠٥ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالى (م ٧٩٧ و ٧٩٨) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٦٩ و ٥٧٠ .

والسند الشرعى للفقرة الاولى من المادة المقترحة قوله عليه الصلاة والسلام : « المسلمون على شروطهم » . فالعلاقة بين المؤجر والمستاجر الاصلى تسرى عليها شروط عقد الايجار الاصلى . والعلاقة بين المستاجر الاصلى والمستاجر من الباطن تسرى عليها شروط عقد الايجار من الباطن . وقد نصت المادة ٦٢٧ من مرشد الحران على ان « المستاجر الذى اجر لغيره العين المنتفع بها ملزوم بالاجرة لملكها ،

الشهر العقاري . أما الكفالة ، شخصية كانت او عينية ، فلا تنتقل الى الايجار الجديد الا اذا رضى الكفيل بذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥٩٩ من التقنين الحالي .

وتتفق مع المادة ٧٨٠ من التقنين العراقي .

وتتفق مع المادة ٦٠٥ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٢/٧٠٧ من التقنين الاردني .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٦٤٣ من مرشد الحيران على انه « اذا مضت مدة الاجارة وسكن المستأجر بعدها شهرا او اكثر يلزمه اجر المثل فيه ان كانت الدار معدة للاستغلال او كانت وقفا او ليتيم » .

ونصت المادة ٤٣٨ من المجلة على ان « السكوت في الاجارة يعد قبولاً ورضاءً » مثلاً لو استأجر رجل حانوتا في الشهر بخمسين قرشاً وبعد ان سكن فيه مدة اشهر اتى الاجر في رأس شهر وقال ان رضيت بستين فاسكن والا فاخرج وردده المستأجر وقال لم ارض واستمر ساكناً يلزمه خمسون قرشاً كما في السابق . وان لم يقل شيئاً ولم يخرج من الحانوت واستمر ساكناً يلزمه اعطاء ستين قرشاً » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٨٠١) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٧٥ .

(مادة ٥٩٥)

١ - اذا نبه احد الطرفين على الآخر بالاخلاء ، واستمر المستأجر مع ذلك منتفعاً بالعين بعد انتهاء الايجار ، فلا يفترض ان الايجار قد تجدد ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك .

٢ - اما اذا نبه احد الطرفين على الآخر بالاخلاء ما لم يقبل اجرة جديدة او شروطاً اخرى ، فسكت من وجهه اليه التنبيه ، اعتبر هذا السكوت قبولاً يتجدد به الايجار تجديداً ضمنياً بالاجرة او الشروط الجديدة .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٦٠٩ من التقنين الكويتي .

وتتفق مع المادة ٧٧٨ من التقنين العراقي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٩٩) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٦٩ و ٥٧٠ .

والسند الشرعي للمادة المقترحة ان حكمها يستند الى قبول من جانب المؤجر ، وهو يدخل في نطاق قوله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون على شروطهم » .

(٤) انتهاء الايجار .

(مادة ٥٩٣)

ينتهي الايجار بانقضاء المدة الميعنة في العقد دون حاجة الى تنبيه بالاخلاء ، ما لم ينص القانون على غير ذلك .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٨ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « ينتهي الايجار بانتهاء المدة الميعنة في العقد دون حاجة الى تنبيه بالاخلاء » .

وقد استبدلت في هذا النص كلمة « بانقضاء » بكلمة « بانتهاء » . كما اضيفت اليه عبارة « ما لم ينص القانون على غير ذلك » ، حيث قصد بهذا التحفظ مراعاة ما تنص عليه القوانين الخاصة من تحديد اسباب لانتهاء الايجار ليس من بينها انقضاء المدة .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٧٧٩ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ١/٧٠٧ من التقنين الاردني .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٠٤ من التقنين الكويتي .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامي .

فقد نصت المادة ٦٤١ من مرشد الحيران على انه « اذا انتهت مدة الاجارة وجب على المستأجر ان يفرغ الدار او الحانوت المؤجرة ويسلمها لصاحبها ، ولا حاجة للتنبيه عليه بالتخلية » .

(مادة ٥٩٤)

١ - اذا انتهى عقد الايجار وبقي المستأجر منتفعاً بالعين المؤجرة بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، اعتبر الايجار قد تجدد بشروطه الاولى ولكن لمدة غير معينة ، وتسرى على الايجار اذا تجدد على هذا الوجه احكام المادة ٥٥٦ .

٢ - ويعتبر هذا التجديد ضمنياً ايجاراً جديداً لا مجرد امتداد للايجار الاصل . ومع ذلك تنتقل الى الايجار الجديد التامينات العينية التي كان المستأجر قدمها في الايجار القديم مع مراعاة قواعد

الفقرة الاولى من هذه المادة تطابق المادة ٦٠٠ من التقنين الحالي .

أما الفقرة الثانية فمستحدثة .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٨١ من التقنين العراقي .

وتتفق مع المادة ٦٠٦ من التقنين الكويتي .

وفي الفقه الاسلامي : انظر المادة ٤٣٨ من المجلة التي تقدم ذكرها تحت المادة السابقة . وقد نصت المادة ٤٣٩ على انه « لو تفاولا بعد العقد على تبديل البدل او تزييده وتنزله يعتبر العقد الثاني » .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٨٦ من التقنين العراقي .
وتتفق مع المادة ٦٠٧ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين
الحالى (م ٨٠٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٩٢ و ٥٩٣ .

ويلاحظ انه فى الفقه الاسلامى يكون العقد موقوف النفاذ اذا تعلق
حق الغير بالمحل ، وهذا تندرج تحته حالات منها تصرف مالك العين
الموجرة وبناء على ذلك يكون التصرف فى العين المؤجر موقوفا على اجازة
المسأجر وفى هذا المعنى نصت المادة ٦٤٦ من مرشد الحيران على أن « بيع
العين المأجورة يتوقف نفاذه على اجازة المستأجر ، فان اجازة جاز ،

وان لم يجزه يبقى موقوفا الى أن يسقط حق المستأجر » . ونصت
المادة ٥٩٠ من المجلة على أنه « لو باع الأجر المأجور بدون إذن
المستأجر يكون البيع نافذا بين البائع والمشتري وان لم يكن نافذا فى
حق المسأجر . . . » . وان جاز المسأجر البيع يكون نافذا فى حق كل
منهم . . . » .

اما فى المشروع ، كما هو الشأن فى التقنين الحالى وغيره من التقنيات
ما عدا التقنين الاردنى ، فان الايجار لا يقيد حق المالك فى التصرف ،
وذلك تيسيرا للتعامل ومراعاة لظروف المجتمع . وهذا هو مذهب
الحنابلة . فقد جاء فى المادة ٥٨٧ من مجلة الأحكام الشرعية ما يأتى
للمؤجر بيع العين المؤجرة من المستأجر أو غيره قبل حلول مدة
الاجارة أو فى اثنائها والاجرة من حين البيع للمشتري .

(مادة ٥٩٧)

١ - لا يجوز لمن انتقلت اليه ملكية العين المؤجرة ولم يكن الايجار
نافذا فى حقه ان يجبر المستأجر على الإخلاء الا بعد التنبيه عليه بذلك
فى المواعيد المبينة فى المادة ٥٥٦ .

٢ - فاذا تبين من انتقلت اليه الملكية على المستأجر بالإخلاء قبل
انقضاء الايجار ، فان المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضا ، مالم
يتفق على غير ذلك . ولا يجبر المستأجر على الإخلاء الا بعد ان يتقاضى
التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت اليه الملكية نيابة عن المؤجر أو
بعد ان يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض .

هذه المادة تطابق المادة ٦٠٥ من التقنين الحالى ، مع اضافة
عبارة « من انتقلت اليه الملكية » فى بداية الفقرة الثانية .

وتتفق مع المادة ٧٨٧ من التقنين العراقي .

وتتفق مع المادة ٦٠٨ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين
الحالى (م ٨٠٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٩٢ و ٥٩٣ .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين
الحالى (م ٨٠٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٧٩ .

(مادة ٥٩٦)

١ - اذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبيرا الى خلف
خاص ، فلا يكون الايجار نافذا فى حقه الا اذا كان يعلم به وقت انتقال
العين اليه ، أو كان للايجار تاريخ ثابت قبل التصرف الذى نقل
الملكية .

٢ - ويجوز للخلف الخاص أن يتمسك بعقد الايجار ، ولو كان
هذا العقد غير نافذ فى حقه .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٠٤ من التقنين الحالى
التي تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبيرا الى شخص
آخر ، فلا يكون الايجار نافذا فى حق هذا الشخص اذا لم يكن له
تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية .

٢ - ومع ذلك يجوز لمن انتقلت اليه الملكية أن يتمسك بعقد الايجار ،
ولو كان هذا العقد غير نافذ فى حقه » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - استبدلت عبارة « الى خلف خاص » فى الفقرة الاولى بعبارة
« الى شخص آخر » ، لأن المقصود هو الخلف الخاص .

٢ - اضيفت حالة أخرى يكون الايجار فيها نافذا فى حق الخلف
الخاص ، وهى حالة ما اذا كان الخلف يعلم بالايجار وقت انتقال
العين اليه . وذلك الى جانب الحالة المذكورة فى النص ، وهى حالة
ما اذا كان للايجار تاريخ ثابت قبل التصرف الذى نقل الملكية . وعلة
هذه الاضافة أن الخلف الخاص لا يجوز له أن يتمسك بقاعدة عدم
ثبوت التاريخ الا اذا كان حسن النية ، أى لا يعلم بسبق تأجير العين .
اذ أن حكم ثبوت التاريخ استثناء قصد منه الى حماية الغير من خطر
تقديم التاريخ غشا واضارا به . فاذا كان هذا الغير يعلم بأسبقية
الحق الذى يحتج به عليه ، فانه لا يكون فى حاجة الى الحماية . وعليه
اذا كان الخلف الخاص يعلم بسبق تأجير العين ، فلا يحق له أن يتمسك
بعدم ثبوت تاريخ الايجار .

٣ - استبدلت فى الفقرة الثانية عبارة « ويجوز للخلف الخاص »

بعبارة « ومع ذلك يجوز لمن انتقلت الملكية » . اذ أن عبارة « ومع
ذلك » تفيد أن الأمر يتعلق باستثناء يرد على حكم الفقرة الاولى .
والحقيقة غير ذلك . فليس هناك استثناء فى هذا الصدد ، وإنما تتعلق

الأمر بتطبيق لقاعدة عامة تشمل جميع الأحكام التى بتقرر لحماية
الشخص . ومقتضى هذه القاعدة أن الحماية التى بتقرر للشخص
تمنح له ولا تفرض عليه ، فهى تفيده ولا تضره ، اذ هي حق له وليست

واجبا عليه ، ان شاء تمسك بها وان شاء تركها . وعليه يجوز للخلف
الخاص وفقا لهذه القاعدة أن يتمسك بعقد الايجار ، ولو كان هذا
العقد غير نافذ فى حقه ، اذا قدر أن ذلك فى مصلحته .

والسند الشرعي للمادة المقترحة ان ما جاء بها من احكام يعتبر تنظيميا يملكه ولي الامر مراعاة لظروف التعامل ، مادام ان للمالك حق التصرف في ملكه رغم وجود الايجار ، وذلك حتى لايفاجأ المستأجر بالاخلاء فتتاح له مهلة معقولة، ولكي يعرض عن الضرر الذي يلحقه من جراء انتهاء عقد الايجار قبل انقضاء مدته .

(مادة ٥٩٨)

١ - اذا كان الايجار نافذا في حق من انتقلت اليه الملكية او لم يكن نافذا ولكن تمسك هو به ، فانه يحل محل المؤجر في جميع ما ينشأ عن عقد الايجار من حقوق والتزامات .

٢ - ومع ذلك لا يجوز للمستأجر ان يتمسك بما عجله من الاجرة في مواجهة من انتقلت اليه الملكية اذا اثبت هذا ان المستأجر وقت الدفع كان يعلم بانتقال الملكية او كان من المفروض حتما ان يعلم به ، فاذا عجز من انتقلت اليه الملكية عن الاثبات ، فلا يكون له الا الرجوع على المؤجر .

الفقرة الاولى من هذه المادة مستحدثة . وهي تطابق الفقرة الاولى من المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (١/٨٠٩٦) . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، ولكن رؤى اضافتها لبيان المعنى المقصود من نفاذ الايجار في حق من انتقلت اليه الملكية ، سواء في هذه المادة او في المادتين السابقتين ، وهو ان ينصرف اثر العقد اليه فيحل محل المؤجر في حقوقه والتزاماته . ذلك ان هناك farkا بين نفاذ العقد في حق شخص وانصراف اثر العقد الى هذا الشخص . فنفاذ العقد في حق شخص يعني ان هذا الشخص يلتزم باحترام العقد ، ولكنه لا يصبح طرفا فيه ، وبالتالي لا تنتقل اليه الحقوق والتزامات التي تنشأ منه . ولو طبقنا هذا المعنى على الحالة التي نحن بصدددها ، فان الخاف الخاص لا يلتزم الا باحترام الايجار وعدم اخراج المستأجر ، فلا يصبح طرفا في العقد ، وبالتالي لا تنتقل اليه الحقوق والتزامات التي تنشأ منه . اما انصراف اثر العقد الى شخص فانه يعني ان هذا الشخص يصبح طرفا في العقد ، فتنتقل اليه الحقوق والتزامات التي تنشأ منه . وهذا هو المعنى المقصود فيما نحن بصددده ، حيث تنتقل الى الخلف الخاص الحقوق والتزامات التي تنشأ عن عقد الايجار . ومع ذلك فكثيرا ما يستعمل الفقه والتشريع عبارة « نفاذ العقد » بمعنى انصراف اثر العقد . ومن الامثلة على ذلك في المشروع ما يقصد بنفاذ العقد انه قوف اذا لحقته الاجازة . نفاذ العقد في هذه الحالة يقصد به انصراف اثر العقد . وقد رؤى عدم تفسر هذا المصطلح ، باعتبار ان معناه يتحدد في بيان الاحكام الخاصة بالاضام .

اما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق المادة ٦٠٦ من التقنين الحالي ، مع تعديلات لفظية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٨٨ من التقنين العراقي . وتتفق مع المادة ٦٠٩ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٨٠٩) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٩٢ و ٥٩٣ .

والسند الشرعي للمادة المقترحة هو تحقيق مصلحة ودفع مفسدة . اما المصلحة فتتحقق بما تقرره الفقرة الاولى من بيان لموقف المستأجر في مواجهة من انتقلت اليه ملكية العين المؤجرة . واما دفع المفسدة فتتكفل به الفقرة الثانية للحيلولة دون وقوع غش او تواطؤ بين المستأجر والمؤجر في تعجيل الاجرة .

(مادة ٥٩٩)

١ - اذا كان الايجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين ان يطلب انتهاء العقد قبل انقضاء مدته اذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها ان تجعل تنفيذ الايجار من مبدا الامر او في اثناء سريانه مرهقا ، على ان يراعى من يطلب انتهاء العقد مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة في المادة ٥٥٦ ، وعلى ان يعرض الطرف الآخر تعويضا عادلا .

٢ - فاذا كان المؤجر هو الذي يطلب انتهاء العقد ، فلا يجبر المستأجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفي التعويض او يحصل على تأمين كاف .

هذه المادة تطابق المادة ٦٠٨ من التقنين الحالي .

وهي تتضمن تطبيقا تشريعا خاصا لنظرية الحوادث الطارئة المنصوص عليها في المادة ١٥٠ من المشروع .

وتتفق مع المادة ٧٩٢ من التقنين العراقي .

وتتفق مع المادة ٧١٠ من التقنين الأردني .

وتتفق مع المادة ٦١٠ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٨١٢) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٩٨ و ٥٩٩ .

وحكم الفقرة الاولى من المادة المقترحة مأخوذ من الفقه الاسلامي الذي يأخذ بمبدأ انتهاء الايجار بالعدر الطارئ . فقد نصت المادة ٤٤٣ من المجلة على انه « لو حدث عذر مانع لاجراء موجب العقد تنفسخ الاجاره » .

اما وجوب التعويض على المؤجر اذا كان هو الذي يطلب انتهاء العقد ، فسنقدم الشرعي تلك القاعدة الاساسية في الشريعة الاسلامية التي تقول : « لا ضرر ولا ضرار » .

(مادة ٦٠٠)

١ - لا ينتهي الايجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر .

٢ - ومع ذلك اذا مات المستأجر ، جاز لورثته ان يطلبوا انتهاء العقد اذا اثبتوا انه بسبب موت مورثهم أصبحت اعباء العقد اثقل من ان تتحملها مواردهم ، واصبح الايجار مجاوزا حدود حاجتهم . وفي هذه الحالة يجب ان تراعى مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة في المادة ٥٥٦ .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٠٢ من التقنين الحالي التي تنص على أنه «إذا لم يعقد الإيجار إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ، ثم مات ، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد» .

وقد أدخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد في المادة المقترحة . كما أضيف إليها ما يفيد مراعاة مواعيد التنبيه بالإخلاء عند طلب إنهاء العقد . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي (م ٨٠٥) العبارة الآتية : « والاولى أن يكون ذلك بعد التنبيه بالإخلاء في المواعيد المبينة بالمادة ٧٦١ (م ٥٦٣ مدني) » . ولكن اللجان المختلفة التي مر بها المشروع لم تدخل تعديلا على النص بهذا المعنى .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٦١٢ من التقنين الكويتي .

وتتفق مع المادة ٧٨٤ من التقنين العراقي .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٨٠٥) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٨١ و ٥٨٢ . وموت المستأجر في حكم المادة المقترحة يمكن اعتباره علوا طارئا يسوغ إنهاء الإيجار ، وهو المبدأ الذي طبق في المادة السابقة ، وهو مأخوذ من الفقه الاسلامي كما سبق القول .

(مادة ٦٠٢)

١ - لا يترتب على اعسار المستأجر أن تحل اجرة لم تستحق .

٢ - ومع ذلك يجوز للمؤجر أن يطلب إنهاء الإيجار إذا لم تقدم له في ميعاد مناسب تأمينات تكفل الوفاء بالاجرة التي لم تحل ، وكذلك يجوز للمستأجر إذا لم يرخص له في النزول عن الإيجار أو في الإيجار من الباطن أن يطلب الانهاء على أن يدفع تعويضا عادلا . وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة ٥٥٦ .

هذه المادة تقابل المادة ٦٠٣ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - لا يترتب على اعسار المستأجر أن تحل اجرة لم تستحق .

٢ - ومع ذلك يجوز للمؤجر أن يطلب فسخ الإيجار إذا لم تقدم له في ميعاد مناسب تأمينات تكفل الوفاء بالاجرة التي لم تحل ، وكذلك يجوز للمستأجر إذا لم يرخص له في التنازل عن الإيجار أو في الإيجار من الباطن أن يطلب الفسخ على أن يدفع تعويضا عادلا .

وقد أدخلت على الفقرة الثانية من هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - استبدلت كلمة « إنهاء » بكلمة « فسخ » . واستبدلت كلمة « الانهاء » بكلمة « الفسخ » . واستبدلت كلمة « النزول » بكلمة « التنازل » .

هذه المادة تقابل المادة ٦٠١ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« - لا تنتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر .

٢ - ومع ذلك إذا مات المستأجر ، جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم ، أو أصبح الإيجار مجاوزا حدود حاجتهم . وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة ٥٦٣ ، وأن يكون طلب إنهاء العقد في مدة ستة أشهر على الأكثر من وقت موت المستأجر » .

وقد رؤى أن تحذف العبارة الأخيرة من هذه المادة ، وهي التي تنطلب « أن يكون طلب إنهاء العقد في مدة ستة أشهر على الأكثر من وقت موت المستأجر » . إذ أن هذه المدة قد لا تكون كافية ليتدبر الورثة أمرهم فيها . ولكن يجب على الورثة ألا يتأخروا في هذا الطلب دون مبرر ، حتى لا يحمل تأخرهم على أنه نزول منهم عن حقهم في إنهاء العقد .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٠٩ من التقنين الاردني .

وتتفق مع المادة ٦١١ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٧٨٣ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٦٠١ من التقنين المصري الحالي .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٨٠٤) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٨١ و ٥٨٢ .

وحكم الفقرة الاولى من المادة المقترحة يتفق مع مذاهب الائمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ، ففي هذه المذاهب لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر . ويخالف مذهب أبي حنيفة ، ففي هذا المذهب تنص المادة ٦٤٧ من مرشد الحيران على أن « تنفسخ الاجارة بموت المؤجر أو بموت المستأجر إذا عقدها لنفسه لا لغيره بالتوكيل عنه » . كما نصت المادة ٣٣٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة على أن « تنفسخ الاجارة بموت أحد طرفيها إذا عقدها لنفسه » (انظر في هذا : ابن عابدين ج ٥ ص ٧٠ و ٧١ ، ومجمع الانهر ج ٢ ص ٤٠٠ و ٤٠١) .

اما حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة فهو تطبيق لمبدأ إنهاء الإيجار بالعدر الطارئ، الذي تناولته المادة السابقة ، وهو مأخوذ من الفقه الاسلامي كما سبق القول .

(مادة ٦٠١)

إذا مات المستأجر ، ولم يكن الإيجار قد عقد إلا بسبب حرفته أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد . وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة ٥٥٦ .

في حالة ما إذا اقتضى عمله أن يغير محل إقامته . ونظرا الى هذا الاعتبار ورد في المدكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي (٨١٣م) اقتراح بحذف هذه العبارة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٠١ في الهامش) . ولكن اللجان التي مر بها المشروع لم تدخل هذا التعديل .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٦١٣ من التقنين الكويتي .
وتقابل المادة ٧٩٣ من التقنين العراقي .

ويعتبر اقتضاء عمل المستاجر تغيير محل إقامته عنذرا طارئا يسوغ إنهاء الإيجار . والعذر الطارئ مأخوذ من الفقه الاسلامي كما سبق القول .

(مادة ٦٠٤)

١ - لا يجوز للمؤجر أن يطلب إنهاء الإيجار قبل انقضاء مدته ، حتى لو احتاج العين المؤجرة لسكنائه أو لاستعماله الشخصي ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

٢ - فإذا اتفق على أنه يجوز للمؤجر أن ينهي العقد إذا جدت له حاجة شخصية للعين ، وجب عليه في استعمال هذا الحق أن ينبه على المستاجر بالاخلاء في المواعيد المبينة في المادة ٥٥٦ .

الفقرة الاولى من هذه المادة مستحدثة ، وهي تتفق مع الفقرة الاولى من المادة ٨١٠ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي تنص على أنه « لا يجوز للمؤجر أن يطلب فسخ الإيجار قبل انقضاء مدته ، حتى لو أعلن أنه يريد سكنى العين المؤجرة بنفسه ، أو يريد استعماله الشخصي ، هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » . ولكن حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة على أن يكون حكمها مفهوما ضمنا (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٩٦) .

وقد رؤى النص على هذا الحكم في الفقرة الاولى من المادة المقترحة ، نظرا الى أنه يتضمن القاعدة في هذا الصدد ، حيث تقضى هذه القاعدة بأنه إذا جدت للمؤجر حاجة شخصية للعين كان احتاج اليها لسكنائه أو لاستعماله الشخصي ، فإن هذا لا يعتبر عنذرا طارئا يسوغ إنهاء الإيجار .

اما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتتفق مع المادة ٦٠٧ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « إذا اتفق على أنه يجوز للمؤجر أن ينهي العقد إذا جدت له حاجة شخصية للعين ، وجب عليه في استعمال هذا الحق أن ينبه على المستاجر بالاخلاء في المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ ، ما لم يقضى الاتفاق بغير ذلك » . وقد رؤى حذف العبارة الأخيرة في هذا النص ، وهي التي تجيز الاتفاق على ما يخالف مواعيد التنبيه بالاخلاء ، وذلك اتساقا مع ما هو مقرر في حالات إنهاء العقد الأخرى .

ذلك أن حكم الفقرة الأولى ليس من النظام العام ، فيجوز الاتفاق ما يخالفه ، وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالاخلاء .

والمادة المقترحة تتفق مع المادتين ٧٨٩ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٨١٠ من المشروع للتقنين الحالي .

٢ - أضيفت العبارة الأخيرة التي تفيد مراعاة مواعيد التنبيه بالاخلاء عند طلب إنهاء العقد .

وحكم الفقرة الاولى من المادة المقترحة يستبعد تطبيق القواعد العامة التي تقضى بسقوط الأجل إذا ثبت إفسار المدين بأن كانت أمواله لا تقى بديونه الحالة (م ٢٦١ / ١ من المشروع) . فمقتضى هذه القواعد أن أقساط الأجرة التي لم تستحق تحمل جميعها ، إذ هي دين مؤجل . ولكن المشروع عطل هذا الأثر رافة بالمستاجر ، حيث قضى بأن إفساره لا يترتب عليه إن تحمل أجرة لم تستحق .

ولكن نظرا الى أن إفسار المستاجر قد يؤدي الى عجزه عن دفع الأجرة ، أجازت الفقرة الثانية لكل من المؤجر والمستاجر أن يطلب إنهاء الإيجار قبل انقضاء مدته . ويعتبر الإفسار في حكم هذه الفقرة عنذرا طارئا يسوغ هذا الحكم ، والعذر الطارئ مأخوذ من الفقه الاسلامي كما سبق القول .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٧٨٥ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٦٠٣ من التقنين المصري الحالي .

انظر المدكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٨٠٦) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٨٦ .

(مادة ٦٠٣)

يجوز للمستاجر ، إذا اقتضى عمله أن يغير محل إقامته ، أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار معين المدة ، على أن يراعى مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة في المادة ٥٥٦ .

هذه المادة تقابل المادة ٦٠٩ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « يجوز للموظف أو المستخدم ، إذا اقتضى عمله أن يغير محل إقامته ، أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار معين المدة ، على أن يراعى المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ ، ويقع باطلا كل اتفاق على غير ذلك » .

وقد ادخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - استبدلت عبارة « يجوز للمستاجر » بعبارة « يجوز للموظف أو المستخدم » . فلا يقتصر الحكم على الموظف والمستخدم ، بل يشمل كل مستاجر ، سواء كان من العاملين أو من غيرهم . إذ أن هذا هو الذي يتفق مع فكرة العذر الطارئ الذي يسوغ إنهاء الإيجار ، حيث يمكن أن يقوم هذا العذر لدى مستاجر من غير العاملين .

٢ - حذفت العبارة الأخيرة التي تفيد بطلان كل اتفاق على خلاف الحكم . إذ أن بطلان مثل هذا الاتفاق قد يكون ضد مصلحة الموظف ، فيمتنع المالك من أن يؤجروه مسكنا إذا تبين لهم أنهم لا يستطيعون توقي إنهاء الإيجار قبل انقضاء مدته . وبذلك يستطيع المستاجر أن يرفع عن نفسه الحرج إذا رضى أن ينزل عن حقه في إنهاء الإيجار

الفرع الثاني

بعض انواع الايجار

نظرة عامة :

هناك انواع من الايجار خصها القانون ببعض احكام تتلاءم مع طبيعتها ، او تستجيب لفرض اجتماعي ، وهي الايجار العادي للأرض الزراعية ، والمزارعة ، وإيجار الوقف ، وإيجار الاماكن .

فالإيجار العادي للأرض الزراعية يخضع في الأصل للاحكام العامة في عقد الإيجار . ولكن التقنين المدني الحالي خصه ببعض احكام تتلاءم مع طبيعته . كما ان قانون الاصلاح الزراعي اتى بأحكام هامة في تنظيم العلاقة بين مستأجرى الأرض الزراعية ومالكها عدلت في بعض النواحي الاحكام العامة التي تسرى على هذا الإيجار . وقد رأى النص في المشروع على اهم الاحكام العامة في هذا الصدد ، سواء ما جاء منها في التقنين الحالي وما نص عليه قانون الاصلاح الزراعي ، وترك ما عدا ذلك لهذا القانون الأخير ، لا سيما وان الكثير من قواعد هذا القانون قد تكون عرضة للتغيير بحسب ظروف المجتمع .

والمزارعة كذلك خصها التقنين المدني الحالي ببعض احكام تتفق مع الخصائص التي تتميز بها عن الإيجار العادي . كما عرض لها قانون الاصلاح الزراعي . وسار المشروع في تنظيمها على الطريقة ذاتها التي اتبعها في الإيجار العادي للأرض الزراعية .

وإيجار الوقف استمد التقنين الحالي احكامه من الشريعة الاسلامية ، باعتبارها مصدر النظام القانوني للوقف ، ولذلك ابقى المشروع على هذه الاحكام .

اما إيجار الاماكن الذي نظم فيه الشارع العلاقة بين المؤجر والمستأجر لمواجهة أزمة المساكن ، فقد رأى تركه للقوانين الخاصة التي اضطر الشارع الى تعديلها مرات عديدة في فترات قصيرة مراعاة للظروف الاجتماعية التي كثيرا ما يستعصي عليه إيجاد الحلول الملائمة لها .

إيجار الأراضي الزراعية .

(مادة ٦٠٦)

إذا استؤجرت الأرض الزراعية ، نقداً أو مزارعة ، مدة سنة أو عدة سنوات ، كان للمستأجر أن يزرعها دورة زراعية سنوية أو عدة دورات .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦١٢ من التقنين الحالي التي تنص على انه « اذا ذكر في عقد إيجار الأرض الزراعية أن الإيجار قد عقد لسنة او لعدة سنوات ، كان المقصود من ذلك انه قد عقد لدورة زراعية سنوية او لعدة دورات » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي (م ٨١٠) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٩٦ .

(مادة ٦٠٥)

١ - إذا لم يباشر المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة ، أو لم ينتفع بها الانتفاعا ناقصا ، وكان ذلك راجعا الى خطئه او الى امر يتعلق بشخصه ، فانه يبقى ملزما بالإيجار وبالوفاء بما يفرضه عليه العقد من التزامات ، مادام المؤجر قد وضع العين تحت تصرفه في حالة صالحة للانتفاع المتفق عليه .

٢ - وفي هذه الحالة يجب على المؤجر أن يستنزل من الأجرة قيمة ما اقتصده من وراء عدم انتفاع المستأجر بالعين ، وقيمة ما حققه من نفع من وراء استعماله للعين في اغراض أخرى .

هذه المادة تطابق المادة ٨١١ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ، فيما عدا استبدال عبارتي « اذا لم يباشر المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة ، أو لم ينتفع بها الا انتفاعا ناقصا » في بداية الفقرة الاولى بعبارتي « اذا لم يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، او كان انتفاعه بها ناقصا » . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لاستخلاص حتمها من القواعد العامة . ولكن رأى من الأفضل النص على هذا الحكم توضيحا للحل .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٩١ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٦١٥ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي (م ٨١٢) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٩٥ و ٥٩٦ في الهامش .

وحكم الفقرة الاولى من المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٤٧٩ من المجلة على أن « من استأجر حانوتا وقبضه ، ثم عرض للبيع والشراء كساد ، ليس له أن يمنع عن اعطاء كراء تلك المدة بقوله ان الصنعة ماراجت والدكان بقي مسدودا » . ونصت المادة ٥٧٣ من مرشد الحيران على أنه « تجب الأجرة في الاجارة الصحيحة بتسليم العين المؤجرة للمستأجر واستيفائه المنفعة فعلا أو بتمكينه من استيفائها بتسليمها له ولو لم يستوفها . فان قبض المستأجر الدار المؤجرة فارغة من متاع المؤجر ، لزمه اجرتها ولو لم يسكنها » .

وحكم الفقرة الثانية يقره الفقه الاسلامي ، لان العدالة توجب أن يستنزل من الأجرة مقدار ما استفادة المؤجر من عدم انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة .

(مادة ٦٠٨)

١ - يجب أن يكون عقد الإيجار ، نقداً أو مزارعة ، ثابتاً بالكتابة أياً كانت قيمته . ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل توقع من أطرافه ، ويحتفظ كل من المتعاقدين بنسخة منها ، وتودع نسخة أخرى مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة في القرية الكائنة في زمامها الأطيان المؤجرة ، فإذا لم توجد جمعية في تلك القرية أودعت مقر الجمعية التعاونية الزراعية المشتركة في المركز التابعة له القرية . ويقع عبء الالتزام بالإيداع على المؤجر .

٢ - وإذا امتنع المؤجر عن الإيداع ، أو امتنع أحد الطرفين عن توقيع عقد الإيجار ، وجب على الطرف الآخر أن يبلغ ذلك إلى الجمعية التعاونية الزراعية المختصة لاتخاذ الإجراءات التي ينص عليها القانون في هذه الحالة .

٣ - ولا تسمع الدعاوى الناشئة عن عقد الإيجار إذا لم يكن العقد ثابتاً بالكتابة . وإذا كان عقد الإيجار مكتوباً ، ولم تودع نسخة منه مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، فلا تسمع الدعاوى الناشئة عنه ممن أخل بالالتزام بالإيداع .

هذه المادة تتفق مع المواد ٣٦ و ٣٦ مكرر و ٣٦ مكرر (١) و

٣٦ مكرر (ب) من قانون الإصلاح الزراعي .

فقد نصت المادة ٣٦ من هذا القانون على ما يأتي :

« يجب أن يكون عقد الإيجار ، مزارعة أو نقداً ، ثابتاً بالكتابة أياً كانت قيمته ، وكذلك كل اتفاق على استغلال أراض زراعية ولو كان لزراعة واحدة .

ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل توقع من أطرافه ، ويحتفظ كل من المتعاقدين بنسخة منها وتودع نسخة أخرى بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة في القرية الكائنة في زمامها الأطيان المؤجرة ، فإذا لم توجد جمعية في تلك القرية فيكون الإيداع بالجمعية التعاونية الزراعية المشتركة في المركز التابعة له القرية . ويقع عبء الالتزام بالإيداع على المؤجر (معدله بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ والقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦) .

ونصت المادة ٣٦ مكرر على ما يأتي :

« إذا امتنع المؤجر عن إيداع عقد الإيجار بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، أو إذا امتنع أحد الطرفين عن توقيع عقد الإيجار ، وجب على الطرف الآخر أن يبلغ ذلك إلى الجمعية التعاونية الزراعية المختصة .

وعلى رئيس مجلس إدارة الجمعية أو من ينوبه المجلس في ذلك أن يحيل الأمر إلى لجنة الفصل في المنازعات الزراعية ، وعلى اللجنة أن تتحقق من قيام العلاقة الإيجارية ومن نوعها بكافة طرق الإثبات . فإذا ثبت لها قيام العلاقة الإيجارية أصدرت قراراً بذلك وكلفت رئيس الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بتحرير العقد وتوقيعه نيابة عن الطرف المتنع . وتسلم نسخة من هذا العقد

ذلك أن مدة إيجار الأرض الزراعية تحسب بالسنين الزراعية ، والسنة الزراعية غير السنة التقويمية ، فهي تختلف عنها من حيث الابتداء ومن حيث الانتهاء . وذلك سواء كان الإيجار نقداً أو مزارعة . والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٩٩ من التقنين العراقي .

وتتفق مع المادة ٦١٨ من التقنين الكويتي .

وتتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي . فقد نصت المادة ٦٥٦ من مرشد الحيران على أن « من استأجر أرضاً سنة ليزرع فيها ما شاء فله أن يزرعها زرعين شتوياً وصيفياً » .

(مادة ٦٠٧)

١ - يكون تأجير الأرض الزراعية لمن يتولى زراعتها بنفسه .

٢ - فلا يجوز لمستأجر هذه الأرض ، نقداً أو مزارعة ، أن يؤجرها من الباطن أو أن ينزل عن الإيجار للغير ، والا كان عقد الإيجار الأصلي باطلاً ، وكذلك عقد الإيجار من الباطن أو النزول عن الإيجار .

هذه المادة تتفق مع المادة ٢٢ فقرة أولى من قانون الإصلاح الزراعي التي تنص على ما يأتي :

« يكون تأجير الأرض الزراعية لمن يتولى زراعتها بنفسه ، ولا يجوز للمستأجر تأجيرها من الباطن أو التنازل عن الإيجار أو مشاركتها فيها .

ويقع باطلاً كل تعاقد يتم بالمخالفة للحكم المتقدم ، ويشمل البطلان أيضاً العقد المبرم بين المؤجر والمستأجر الأصلي » (معدلة بالقانون رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٥٤ وبالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦) .

فالفقرة الأولى من النص المقترح ، وما يقابلها في قانون الإصلاح الزراعي ، نص آمر ، ومن ثم يكون الجزاء على مخالفته هو البطلان .

ويقضى أعمال هذا النص أن يحرم على المستأجر التأجير من الباطن أو النزول عن الإيجار . فإن خالف هذا المنع ، كان الجزاء هو بطلان عقد الإيجار الأصلي ، ويسقط ببطلانه الإيجار من الباطن أو النزول عن الإيجار . وهذا هو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة المقترحة ، وما يقضى به كذلك قانون الإصلاح الزراعي .

وهدف الشارع من تحريم تأجير الأرض الزراعية إلا لمن يتولى زراعتها بنفسه هو منع استغلال الوسيط للفلاحين . وهذا التحريم يشمل الإيجار العادي والإيجار بطريق المزارعة ، ويسرى بالنسبة إلى الحقول وإلى الحدائق . وهو يعتبر منعا من التصرف فرضه القانون وجعله من النظام العام لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة .

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن الهدف منها منع استغلال الوسيط للفلاحين ، ومن ثم فإنها تستند إلى اعتبارات تتعلق بمصلحة اجتماعية عامة .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان تدوين التعامل فى محرر امر مندوب اليه شرعا قطعاً للنزاع . وقد جاء فى الآيه الكريمه : « يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه » .

(ماده ٦٠٩)

١ - مع عدم الاخلال بالقواعد المقررة فى الاتبات ، يجب على المؤجر ان يقبل ، بوفاء بالاجرة من المستأجر وان يعطيه مخالصة عن كل مبلغ يؤديه منها ، والا كان للمستأجر ان يبرىء ذمته بان يودع الاجرة على ذمة المؤجر . الجمعية التعاونية الزراعية المختصة مقابل اتصال او يودعها الجمعية بموجب حواله بريدية بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول .

وعلى رئيس الجمعية او من ينوب عنه ان يهرض المبلغ المودع على المؤجر او وكيله فى التحصيل بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول خلال اسبوع من تاريخ الايداع ، فاذا رفض المؤجر او وكيله تسليم المبلغ المودع خلال اسبوع من تاريخ ابلاغه بالعرض اودعت الجمعية المبلغ على ذمة المؤجر خزانه المحكمة المختصة واخطرت كلا من المؤجر والمستأجر بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول .

٢ - وفى حالة الايجار بطريق المزارعة اذا امتنع المؤجر او وكيله عن محاسبه المستأجر وتسليم نصيبه فى المحصول ، كان للمستأجر ان يخطر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بذلك كتابة .

وعلى رئيس الجمعية او من ينوب عنه ان يبلغ شكوى المستأجر الى المؤجر او الى وكيله بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول خلال اسبوع من تاريخ الاخطار . فاذا لم يقيم المؤجر او وكيله بمحاسبه المستأجر وتسليم نصيبه فى المحصول خلال اسبوع من تاريخ ابلاغه بشكوى المستأجر ، تولت الجمعية بيع المحصول ومحاسبه المستأجر واودعت نصيب المؤجر خزانه المحكمة المختصة واخطرت المؤجر او وكيله بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول .

هذه المادة تتفق مع المادتين ٣٦ مكرر (و) و ٣٦ مكرر (ز) من قانون اصلاح الزراعى المضافين بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ والمعدلتين بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ .

فقد نصت المادة ٣٦ مكرر (و) من هذا القانون على ما يأتى :
« مع عدم الاخلال بالقواعد العامة فى الاتبات يجب على المؤجر ان يسلم الى المستأجر مخالصة مكتوبة عن كل مبلغ يؤديه اليه من الاجرة ، ولا يجوز للمؤجر توكيل الغير فى تحصيل اجرة الا اذا قام بتعيين الوكيل فى عقد الايجار ، فاذا اختار هذا الوكيل بعد تحرير العقد وايداعه الجمعية التعاونية الزراعية المختصة وجب عليه ان يبلغ كلا من المستأجر والجمعية باسم الوكيل خلال اسبوع من تاريخ توكيله وذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول .

وتبرأ ذمة المستأجر اذا اوفى بالاجرة الى المؤجر او وكيله .

الى كل من طرفيه وتودع نسخة اخرى منه بالجمعية مع صورة رسمية من قرار اللجنة . ويكون هذا العقد ملزماً للطرفين » (مضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ ومعدلة بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦) .

ونصت المادة ٣٦ مكرر (١) على ما يأتى :

« وفى حالة ثبوت العلاقة الاجارية وفقاً لحكم المادة السابقة يلتزم الطرف الممتنع عن ايداع العقد او توقيعه بان يودى الى الجمعية التعاونية الزراعية المختصة مصاريف ادارية عن سنة زراعية واحدة تعادل ١ ٪ من الاجرة السنوية للعين المؤجرة مقدرة على اساس سبعة امثال الضريبة العقارية الاصلية المفروضة عليها .

ويعاقب بالحبس كل مؤجر يمتنع عمداً عن تحرير عقد الايجار وفقاً لحكم المادة ٣٦ او يمتنع عن ايداع العقد بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة دون سبب مشروع .

كما يعاقب بالعقوبة ذاتها كل مؤجر او مستأجر يمتنع عمداً عن توقيع عقد الايجار » (مضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ ومعدلة بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦) .

ونصت المادة ٣٦ مكرر ب على ما يأتى :

« لا تقبل المنازعات والدعوى الناشئة عن ايجار الاراضى الزراعية ، مزارعة او تقدا ، امام أية جهة ادارية او قضائية ما لم يكن عقد الايجار مودعاً بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة .

فاذا كان عقد الايجار مكتوباً ، ولم تودع نسخة منه بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، فلا تقبل المنازعات والدعوى الناشئة عن هذا العقد ممن اخل بالالتزام بالايداع » (مضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ ومعدلة بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦) .

فبمقتضى المادة المقترحة يجب ان يكون عقد الايجار ، تقداً او مزارعة ، ثابتاً بالكتابة ايا كانت قيمته . والكتابة هنا مطلوبة للاتبات لا للانعقاد . وحتى تستوفى الكتابة المطلوبة يجب ان يحرق العقد من ثلاث نسخ على الاقل توقع من اطرافه ، وتعطى نسخة منها لكل من المتعاقدين ، وتودع الثالثة بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة فى القرية ، فاذا لم توجد جمعية فى القرية اودعت بالجمعية التعاونية الزراعية المشتركة فى المركز التابعة له القرية .

ويقع على المؤجر واجب الايداع .

وفى حالة امتناع المؤجر عن الايداع ، او امتناع احد الطرفين عن توقيع عقد الايجار ، فقد رسم قانون اصلاح الزراعى اجراءات ترمى الى جعل الجمعية التعاونية الزراعية مشرفة على تحرير عقود الايجار والاحتفاظ بصورة منها ، وذلك على النحو المنصوص عليه فى المادة ٣٦ مكرر السالفة الذكر .

فاذا لم يكن عقد الايجار ثابتاً بالكتابة على هذا النحو او ذاك ، فلا تسمع الدعوى الناشئة عنه . وفى هذا الجراء ما يكفى لحمل الطرفين على تحرير عقد الايجار وايداع نسخة منه .

ونصت المادة ٣٦ مكرر (ز) على ما يأتي :

« اذا امتنع المؤجر أو وكيله عن تسلم الأجرة ، أو اذا امتنع أيهما عن تسليم المستأجر مخالصة مكتوبة عما يؤديه من الأجرة ، كان للمستأجر أن يودع الأجرة على ذمة المؤجر في الجمعية التعاونية الزراعية المختصة مقابل اتصال من الجمعية ، أو يودعها الجمعية بموجب حوالة بريدية بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول .

وعلى رئيس مجلس إدارة الجمعية أو من يكلفه المجلس بذلك من أعضائه أن يعرض المبلغ المودع على المؤجر أو وكيله في التحصيل بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ، وذلك خلال أسبوع من تاريخ الإيداع . فإذا رفض المؤجر أو الوكيل تسلم المبلغ المودع خلال أسبوع من تاريخ الإلغاه بالعرض أودعت الجمعية المبلغ على ذمة المؤجر خزانة المحكمة الجزئية الواقعة في دائرة اختصاصها الأرض المؤجرة بعد خصم رسوم الإيداع والمصاريف الإدارية ، وتخطر الجمعية في هذه الحالة كلا من المستأجر والمؤجر بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول .

وفي حالة الإيجار بطريق المزارعة اذا امتنع المؤجر أو وكيله عن محاسبة المستأجر وتسليم نصيبه في المحصول ، كان للمستأجر أن يخطر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بذلك كتابة .

وعلى رئيس مجلس إدارة الجمعية أو من يكلفه المجلس بذلك من أعضائه أن يبلغ شكوى المستأجر إلى المؤجر أو إلى وكيله بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ، وذلك خلال أسبوع من تاريخ الإخطار .

فإذا لم يتم المؤجر أو وكيله بمحاسبة المستأجر وتسليم نصيبه في المحصول خلال أسبوع من تاريخ إبلاغه بشكوى المستأجر ، قامت الجمعية ببيع المحصول ومحاسبة المستأجر وأودعت نصيب المؤجر خزانة المحكمة الجزئية الواقعة في دائرة اختصاصها الأرض المؤجرة بعد خصم رسوم الإيداع والمصاريف الإدارية وتخطر المؤجر أو وكيله بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول .

وفي جميع الأحوال يعتبر الإيداع ميراثاً للذمة المستأجر بمقدار ما تم إيداعه من الأجرة .»

وحكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة يقصد به المحافظة على حقوق المستأجر بتمكينه من توفير الدليل على وفائه بالأجرة أو بأى مبلغ يؤديه منها . حيث يجب على المؤجر أن يقبل الوفاء بالأجرة من المستأجر وأن يعطيه مخالصة بأى مبلغ يؤديه ، فإذا رفض المؤجر قبول الوفاء بالأجرة أو إعائه مخالصة بما دفع ، استطاع المستأجر أن يبرئ ذمته بإيداع المبلغ صندوق الجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، وفي هذه الحالة تتولى الجمعية عرض المبلغ المؤجر ، فإذا رفض تسلمه أودعته خزانة المحكمة .

وإذا كان الإيجار بطريق المزارعة ، فإن حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة يقصد به تمكين المستأجر من تصفية حسابه مع المؤجر وأخذ نصيبه في المحصول . فإذا امتنع المؤجر عن محاسبة المستأجر ، كان لهذا أن يخطر الجمعية الزراعية المختصة لكي تبلغ شكواه إلى

المؤجر ، فإذا لم يتم المؤجر بعد ذلك بمحاسبة المستأجر تولت الجمعية بيع المحصول ومحاسبة المستأجر وأودعت نصيب المؤجر خزانة المحكمة المختصة .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن حكمها يقصد به المحافظة على حقوق المستأجر وقطع دابر ما عسى أن يقع من نزاع بين الطرفين .

(مادة ٦١٠)

لا يشمل إيجار الأرض الزراعية المواشى والأدوات الزراعية التى توجد فى الأرض الا اذا شرط ذلك فى العقد .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦١٠ من التقنين الحالى التى نص على أنه « اذا كانت العين المؤجرة أرضاً زراعية ، فلا يكون المؤجر ملزماً بتسليم المواشى والأدوات الزراعية التى توجد فى الأرض الا اذا كان الإيجار يشملها » .

وقد عدلت هذه المادة تعديلاً لفظياً على النحو الوارد فى النص المقترح ، لابرار أصل الحكم . فإيجار الأرض الزراعية لا يشمل فى الأصل ما يوجد فيها من مواشى وأدوات زراعية دالات الحرث والرى والحصاد . حيث لا تعد من ملحقات الأرض نظراً إلى أهميتها ، ومن ثم لا يشملها الإيجار بمجرد . فإذا أريد أن يشملها الإيجار ، وجب أن يذكر ذلك فى العقد . وفى هذه الحالة يكون هناك إيجار للأرض وإيجار آخر للمواشى والأدوات الزراعية . ويترتب على ذلك أن تكون الأجرة قسمين ، قسمها منها للأرض وقسمها آخر للمواشى والأدوات الزراعية .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٩٨ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١/٧١٥ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع المادة ١/٦١٧ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن حكمها هو ما يجرى به العرف الزراعى .

(مادة ٦١١)

١ - يلتزم المستأجر بأن يستغل الأرض الزراعية المؤجرة على النحو المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب عليه أن يستغلها وفقاً لمقتضيات الاستغلال المألوف ، وعليه بوجه خاص أن يعمل على أن تبقى الأرض صالحة للإنتاج .

٢ - ولا يجوز له دون رضا المؤجر أن يدخل على الطريقة المتبعة فى استغلالها أى تغيير جوهري يمتد أثره الى ما بعد انتهاء الإيجار .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦١٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتي :

« ١ - يجب أن يكون استغلال المستأجر للأرض الزراعية موافقاً

بالغير ، حيث يجب على المستأجر ألا يُلحق ضرراً بالمؤجر يقتصره في رعاية المواشي أو صيانة الأدوات الزراعية .

(مادة ٦١٣)

١ - على المستأجر أن يقوم بأجراء الإصلاحات التي يقتضيها الانتفاع بالمأوف بالأرض المؤجرة ، ويلتزم بوجه خاص بتطهير وصيانة الترع والساقى والمرادى والمصارف ، وكذلك القيام بأعمال الصيانة المخصصة للطرق والجسور والقناطر والأسوار والآبار والمباني المعدة للسكنى أو للاستغلال .

٢ - أما إجراء الإصلاحات التي يتوقف عليها استيفاء المنفعة المقصودة ، كإقامة المباني والإصلاحات الكبرى للمباني القائمة وغيرها من ملحقات العين والإصلاحات اللازمة للآبار والترع ومجارى المياه والخزانات ، فيلتزم بها المؤجر .

٣ - كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦١٤ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - على المستأجر أن يقوم بأجراء الإصلاحات التي يقتضيها الانتفاع بالمأوف بالأرض المؤجرة ، ويلتزم بوجه خاص بتطهير وصيانة الترع والساقى والمرادى والمصارف ، وكذلك القيام بأعمال الصيانة المعتادة للطرق والجسور والقناطر والأسوار والآبار والمباني المعدة للسكنى أو للاستغلال ، كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره .

٢ - أما إقامة المباني والإصلاحات الكبرى للمباني القائمة وغيرها من ملحقات العين ، فيلتزم بها المؤجر ، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك . وكذلك يكون الحكم في الإصلاحات اللازمة للآبار والترع ومجارى المياه والخزانات .

وقد عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة بالنص في صدرها على نوع الإصلاحات التي تقع على عاتق المؤجر ، بالمقابلة مع نوع الإصلاحات التي يلتزم بها المستأجر في صدر الفقرة الأولى . فالمستأجر يلتزم بالإصلاحات التأجيرية ، وهي الإصلاحات التي يقتضيها الانتفاع بالمأوف بالأرض المؤجرة ، والمؤجر يلتزم بالإصلاحات غير التأجيرية ، وهي الإصلاحات التي يتوقف عليها استيفاء المنفعة المقصودة من الأرض المؤجرة . وقد عدلت الفقرة الأولى أهم الإصلاحات التأجيرية ، وعددت الفقرة الثانية أهم الإصلاحات غير التأجيرية ، وليس هذا التعداد أو ذلك على سبيل للحصر .

وأفردت فقرة مستقلة ، وهي الفقرة الثالثة في المادة المقترحة ، لحالة من إذا كان هناك اتفاق أو عرف يقضي بغير الحكم المنصوص عليه في أى من الفقرتين الأولى والثانية . فإذا وجد اتفاق في هذا الشأن ، كان هو الواجب اتباعه . وإذا لم يكن هناك اتفاق ، وجب الأخذ بما يقضي به العرف . وإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف ، سري الحكم المنصوص عليه .

لمقتضيات الاستغلال المألوف ، وعلى المستأجر بوجه خاص أن يعمل على أن تبقى الأرض صالحة للإنتاج .

٢ - ولا يجوز له دون رضا المؤجر أن يدخل على الطريقة المتبعة في استغلالها أى تغيير جوهري يمتد أثره إلى ما بعد انتهاء الإيجار .

وقد أضيف إلى الفقرة الأولى من هذه المادة ما يفيد التزام المستأجر بأن يستغل الأرض المؤجرة على النحو المتفق عليه إذا كان هناك اتفاق . فإذا اشترط عليه المؤجر أن يتبع نظاماً خاصاً في زراعة الأرض ، كان ملزماً باتباع هذا النظام في الزراعة ، فهذا هو أول ما يعتد به في استغلال الأرض . فإذا لم يوجد اتفاق في هذا الشأن ، كان على المستأجر أن يستغل الأرض وفقاً لمقتضيات الاستغلال المألوف بحسب ما أعدت له .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي (م ٨١٧) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٠٨ و ٦٠٩ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١/٨٠٤ من التقنين العراقي .

وتتفق مع المادة ٧١٨ من التقنين الأردني .

وتتفق مع المادة ٦١٦ من التقنين الكويتي .

والسند الشرعى للعادة المقترحة أن حكمها هو ما جرى به العرف الزراعى . وقد نصت عليه المواد ٥٨٦ و ٦٢٣ و ٦٢٥ من مجلة الأحكام الشرعية فى الفقه الجنبلى ، وهو رأى جمهور فقهاء المذاهب جميعها .

(مادة ٦١٢)

إذا شمل الإيجار مواشى وأدوات زراعية مملوكة للمؤجر ، وجب على المستأجر أن يرعاها ويتعهد بها بالصيانة بحسب المألوف فى الانتفاع بها .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦١١ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « إذا تسام المستأجر مواشى وأدوات زراعية مملوكة للمؤجر ، وجب عليه أن يرعاها ويتعهد بها بالصيانة بحسب المألوف فى استغلالها » .

وقد عدلت هذه المادة بالنص على أصل الحكم ، وهو أن يشمل الإيجار مواشى وأدوات زراعية مملوكة للمؤجر ، لأن المستأجر لا يتسلم هذه المواشى والأدوات إلا إذا كان الإيجار يشملها ، فإذا تسلمها بناء على ذلك وجب عليه أن يبذل من العناية في رعاية المواشى وتعهدهم الأدوات الزراعية بالصيانة ما يبذله الشخص العادى ، وبحسب المألوف فى الانتفاع بهذه الأشياء . وقد استبدلت عبارة « فى الانتفاع بها » فى نهاية النص بعبارة « فى استغلالها » تحرياً للدقة فى التعبير .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٢/٧١٥ من التقنين الأردني .

وتتفق مع المادة ٢/٦١٧ من التقنين الكويتي .

والسند الشرعى للعادة المقترحة هو القاعدة التي تحرم الأضرار